



Universidad
Zaragoza

EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE FREDE CASTBERG

Facultad de Derecho
Trabajo Fin de Grado

Sandra Romero Berenguel

Director: Profesor Dr. Guillermo Vicente y Guerrero

2020

Agradecimientos...

A mis padres, y a mis hermanos, por enseñarme a ver la vida desde un punto de vista crítico, que ha influenciado en mí forma de ver el mundo, así como apoyarme durante esta etapa académica que termina.

A la Facultad de Derecho de Zaragoza, por enseñarme todo lo relacionado con el mundo legal, y por tantos contenidos aprendidos, que permiten entrever la gran calidad que existe en esta universidad, así como por todos los profesores que a lo largo del grado, han estado acompañándome, en especial a D. Guillermo Vicente y Guerrero, por sus clases tan amenas y gratificantes, cuestionando lo establecido para generar un espíritu crítico en todos los alumnos desde una perspectiva ética; así como por la ayuda prestada, ya que sin ella, no habría sido posible acceder a muchas de las fuentes utilizadas, y en consecuencia, este proyecto no habría sido posible.

I. INTRODUCCIÓN.....	4
1. CUESTIÓN TRATADA.....	4
2. JUSTIFICACIÓN.....	5
3 FUENTES UTILIZADAS.....	6
 II. BIOGRAFÍA INTELECTUAL DE FREDE CASTBERG.....	 8
1. VIDA Y BIOGRAFÍA INTELECTUAL.....	8
2. PENSAMIENTO GENERAL DE FREDE CASTBERG.....	12
 III. CONTEXTUALIZACIÓN: EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO Y EL IUS NATURALISMO DEONTOLÓGICO.....	 16
1. REALISMOS ESCANDINAVOS: EL REALISMO SUECO Y EL REALISMO NÓRDICO.....	16
2. DERECHO NATURAL DEONTOLÓGICO E IDEALISMO.....	18
3. IDEALISMO EN CONTRAPOSICIÓN CON EL REALISMO.....	20
 IV. LOS PROBLEMAS DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA SEGÚN LA PERSPECTIVA DE FREDE CASTBERG.....	 24
1. APROXIMACIÓN A LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.....	24
2. LA NOCIÓN DE LEY.....	25
2.1. Elemento <i>a priori</i> en la noción de ley.....	25
2.2. La normatividad del Derecho.....	26
2.3. Problemática del Derecho “existente”.....	29
2.4. La validez jurídica.....	31
3. PROBLEMAS DERIVADOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO.....	33
3.1. La importancia de la lógica en el pensamiento jurídico.....	33
3.2. La insuficiencia de la lógica en el pensamiento jurídico.....	34

3.3. El método del silogismo jurídico y su problemática.....	35
4. GRADOS DE CERTEZA EN EL ENTENDIMIENTO DEL DERECHO.....	37
5. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA VALORACIÓN DE LA LEY.....	38
5.1. La ley metafísica.....	38
5.2. La ley objetivamente correcta.....	40
V. CRÍTICA Y VALORACIÓN PERSONAL.....	42
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	45

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA

En este trabajo de fin de grado, cuya modalidad escogida es la *revisión e interpretación crítica bibliográfica* se busca analizar y estudiar, desde un punto de vista filosófico las distintas problemáticas de la noción del Derecho que surgen a partir de la concepción iusnaturalista deontológica del siglo XX. Para ello, se va a analizar la forma de entender el Derecho y su filosofía desde el punto de vista del noruego Frede Castberg, así como sus críticas al pensamiento de otros autores cuya raíz de pensamiento se engloba dentro del realismo escandinavo o del positivismo, y su crítica ante los problemas derivados del pensamiento jurídico. Se analizarán las principales características que determinan cada una de dos de las teorías del pensamiento jurídico, el realismo escandinavo, y el iusnaturalismo deontológico o idealismo, así como sus principales diferencias.

En cuanto al análisis y al estudio de la problemática del Derecho, se va a pasar a analizar los problemas de la determinación de la *noción de la ley (notion of law)*, así como las posibles cuestiones relacionadas por su determinación empírica o derivados de la necesidad de elementos *a priori* de la ley. De esta forma, se va a estudiar *la validez de las normas (the validity of law)*, así como la *noción del deber (notion of duty)* que Frede Castberg esboza, en contraposición con estas mismas concepciones desde el punto de vista del Derecho positivo.

También se va estudiar la cuestión relacionada con los problemas de normatividad, cuyo objeto de estudio va a ser la cuestión de la *lógica (logic)*, buscando las formas de las operaciones mentales que rigen en el pensamiento jurídico, para la obtención de resultados objetivamente válidos y vinculantes. También es una cuestión a tratar la consideración de la ley *existente (existing law)*, y si aquella necesita de un elemento de libre opción, derivado de la capacidad de decisión de las diferentes *personalidades (personalities)* de una comunidad.

Como último punto de estudio, se va a examinar la *valoración de la ley (valuation of law)* en la ley existente, buscando cual es el fin y objetivo de la propia ley, indagando los propósitos que se intentan conseguir con la implantación de la ley, y los valores que la caracterizan, tales como la idea de justicia, cuestionando si la ley justa está basada en ciertos supuestos de forma fáctica o si, al contrario deriva de una

naturaleza metafísica que se relaciona con el *libre albedrío* (*free will*) y la *voluntad humana* (*human will*). *Si deseamos participar en la búsqueda de una respuesta a la pregunta de qué es la ley correcta, no podemos superar la demanda de justicia y, en consecuencia, el problema de la libertad de voluntad.*¹

2. JUSTIFICACIÓN

Este tema ha sido elegido ya que las corrientes ius naturalistas y realistas son las que tuvieron mayor apogeo para justificar un punto de vista del Derecho diferente al establecido por el ius positivismo, durante los siglos XIX y XX. La cuestión de interés para mí, es establecer los problemas que realmente se encuentran en el pensamiento jurídico, para poder obtener una capacidad crítica y de aprendizaje de cuestiones que se acercan a mi modo de entender el Derecho como un instrumento que debe justificar que existe un mundo ideal que condicione el mundo legal, para acercarse a las ideas de justicia, y sobre todo de la necesidad de la ley de tener un propósito que englobe las distintas necesidades de la comunidad; que comienza desde un punto de vista metafísico, pero acompaña la realidad física y existente en la sociedad.

Es necesario comprender el idealismo o iusnaturalismo deontológico dentro de un sistema normativo, ya que hay que tener en cuenta que actualmente dichas críticas han perdido fuerza, por la difícil defensa que este movimiento tiene en un mundo donde el Derecho positivo rige como el Derecho prioritario en las sociedades actuales, y las preguntas que llevaban a la aparición de estas teorías, ya no se cuestionan, conllevando problemas derivados del surgimiento de la concepción de la validez normativa.

¹ *...If we wish to engage in seeking an answer to the question of what is right law, we cannot get past the demand for justice and consequently the problem of freedom of will.* CASTBERG, F., *Problems of legal philosophy*, Oslo University Press, Oslo, 1947, p. 101.

3. FUENTES UTILIZADAS

En relación a la metodología utilizada, se va a realizar una revisión bibliográfica de Frede Castberg, cuyo resultado va a ser una aplicación de la lógica en los conceptos y fundamentos expuestos, por lo que se va a basar en una investigación descriptiva. En cuanto a las fuentes utilizadas, se usarán tanto fuentes primarias, como fuentes secundarias, la mayoría escritas en noruego, italiano o inglés.

En cuanto a las fuentes primarias, se va a analizar como obra principal y en la que se va a basar la mayoría del estudio, el libro escrito en inglés por Frede Castberg *Problems of legal philosophy*, de 1957 (*Problemas de la filosofía jurídica*), de donde se va a conseguir información para obtener una idea global de las cuestiones principales relativas al pensamiento ius naturalista del autor. Además como otras fuentes primarias, se van a analizar brevemente cuestiones relacionadas con el Derecho internacional y los derechos humanos derivados del discurso realizado por Frede Castberg como *L'excès de pouvoir dans la justice internationale*, de 1932 (*El exceso de poder en la justicia internacional*); siendo también de interés su escrito *Menneskerettighetne, Grunnloven og Domstolene* de 1965 (*Derechos Humanos, La Constitución y el Poder Judicial*), donde se ve claramente su aportación en el Derecho internacional y en la constitución de los derechos humanos.

En relación a otros escritos que también se analizarán brevemente en el apartado de la biografía intelectual, serán de interés otras fuentes primarias escritas por Frede Castberg, como *Individuos moralske autonomi*, de 1920 (*La autonomía moral del individuo*), *Ideal retsproblemet*, de 1920 (*El problema de la ley ideal*), y *Den konstruktive metode* de 1922 (*El método constructivo*), obras que están estrechamente ligadas a las cuestiones principales. También serán de interés otras obras de Castberg como *Philosophy of Law in the Scandinavian Countries* (*Filosofía del derecho en los países escandinavos*).

Como fuentes secundarias, que analizarán la teoría iusnaturalista de Frede Castberg, se va a utilizar el libro *Realismo nordico e Diritti Umani. Le avventure del realismo nella cultura filosofico-giuridica norvegese* (*La aventura del realismo en la cultura filosófica-jurídica noruega*), de Alessandro Serpe, profesor del Departamento de Filosofía del Derecho de D'Annunzio University of Chieti-Pescara, en Italia. Con esta fuente, se va a analizar el realismo e idealismo que surge en Noruega a principios del

siglo XX, así como varios puntos conceptuales de los autores de estos movimientos. Ambas teorías serán estudiadas también con el artículo de Alessandro Serpe «Realism vs Idealism. Ross and Castberg. Paths of a dispute upon Law and human rights» («Realismo vs Idealismo. Ross y Castberg. Caminos de una disputa sobre el derecho y los derechos humanos»).

El movimiento del realismo jurídico será abordado por el ensayo «El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista el derecho» de Liborio Luis Hierro Sánchez-Pescado, catedrático emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. El movimiento de Derecho natural, también será abordado con la información derivada del libro *El problema del Derecho Natural en la doctrina historicista del Derecho de E K. von Savigny*, del autor Juan Antonio Gómez García, profesor de filosofía del Derecho de la UNED. También es de interés para conocer los inicios del ius naturalismo los libros de Aristóteles *Ética a Nicómano* y *La Gran Moral*. También en la cuestión del Derecho en la actualidad será de interés el escrito de Robles Morchón G., *Introducción a la Teoría del Derecho*, de 1988.

Una fuente secundaria de interés es la escrita por Johs Andeanaes, antiguo alumno de Castberg, en relación a la biografía intelectual y movimiento teórico de Castberg, con el texto que encabeza el volumen colectivo conmemorativo «Legal Essays: a tribute to Frede Castberg, on the occasion of his 70th birthday 4 july 1963» («Ensayos legales: un homenaje a Frede Castberg, con motivo de su 70 cumpleaños el 4 de julio de 1963»). De este mismo autor, también es de interés el artículo «Frede Castberg. I Norsk biografisk leksikon» («Frede Castberg. En léxico biográfico noruego»), que ayudará a entender el pensamiento de Castberg, así como su psicología y cuestiones de su biografía intelectual.

En relación a la vida intelectual, también es de interés el artículo escrito por Germain Adriaan «Frede Castberg. Johan Castberg, University of Oslo, Hague Academy of International law. Jurisprudence» («Frede Castberg. Johan Castberg, Universidad de Oslo, Academia de Derecho Internacional de La Haya. Jurisprudencia»), publicado en 2012, siendo también de interés en la obtención de datos de la biografía intelectual de Castberg. También será utilizado el artículo «Problems of Legal Philosophy by Frede Castberg, Professor of Constitutional and International Law at the University of Oslo» («Problemas de filosofía jurídica por Frede Castberg,

profesor de derecho constitucional e internacional en la Universidad de Oslo») cuyo autor es T.J. Smiley, que contribuirá a conocer el paradigma y las relaciones de Castberg con su entorno y su tiempo, cuando estuvo ocupando el puesto de profesor en Oslo.

Por último, destaca *Institutt for offentlig retts bibliografi 1957-2006* (*Departamento de Público bibliografía judicial 1957-2006*), preparado en la Biblioteca de la Facultad de Derecho por Lars Finholt Jansen, Randi Halfway Iversby (ed.) y Bård Sverre Tuseth (ed.), que expone las obras realizadas por Frede Castberg, siendo una lista bibliográfica de sus obras y el año de edición.

II. BIOGRAFÍA INTELECTUAL DE FREDE CASTBERG

1. VIDA Y BIOGRAFÍA INTELECTUAL

El noruego Frede Castberg fue un gran teórico que contribuyó a distintos ámbitos del Derecho, tales como el Derecho administrativo, el constitucional y el Derecho internacional, que influirían en la visión de los derechos humanos, además de preocuparse de la Filosofía del Derecho en relación al pensamiento jurídico y el trabajo teórico del Derecho. Nació el 4 de julio de 1893 en Vardal, y murió el 4 de noviembre de 1977 en Oslo, a la edad de ochenta y cuatro años y era hijo de Johan Castberg.² En 1911, se graduó en la licenciatura de Derecho, y permaneció en Vadsø, donde continuó sus estudios en 1916-1917 relativos al Derecho estatal y al Derecho internacional en París; en 1917 se mudó a Inglaterra para continuar con sus estudios. Tras escribir su tesis doctoral en 1920-1921, realizó nuevos viajes a Dinamarca y Alemania para continuar formándose. En 1920 Castberg trabajó como becario universitario; y, en 1921, accedió al puesto de Secretario del Ministerio de Asuntos Exteriores, donde aportó gran ayuda como asesor jurídico en relación al ámbito y la materia del Derecho internacional público. Además, a partir del año 1922, trabajó como consultor de Derecho internacional en el Ministerio de Asuntos Exteriores. En el año 1928, llegó a un acuerdo

² Johan CASTBERG nació el 21 de septiembre en 1862, y murió el 24 de diciembre de 1926; fue un político noruego y jurista; además, fue ministro entre los años 1908-1910 y 1913-1914, y trabajó en el Parlamento noruego durante siete mandatos.

con el Ministerio de Asuntos Exteriores para poder combinar dicho puesto de trabajo, junto con el de profesor³.

Fue profesor en la Universidad de Oslo desde 1928, hasta el día 4 de julio de 1963, llegando a convertirse en el Decano de esa Facultad, y durante dos periodos fue, Rector de la Universidad de Oslo entre los años 1952-1954, y en 1955-1957. Además, es Doctor Honoris causa por las universidades de París, Uppsala y Helsingfors, y en St. Olaf College, Minnesota.

El 1 de diciembre de 1943, durante la Segunda Guerra mundial, fue arrestado junto con otros estudiantes y profesores universitarios, y estuvo en el campo de detención de Berg y también en Stayem, hasta el día 14 de diciembre del mismo año, cuando fue liberado y regresó a Oslo y de allí, fue a Suecia desde Høland, el día 31 de enero de 1944. En 1945, viajó a Inglaterra para participar en el Comité Dumbarton Oaks del gobierno noruego dirigido por Carl Joachim Hambro⁴, debiendo decidir sobre las propuestas realizadas en la Conferencia de Dumbarton Oaks⁵ en 1944. El 22 de febrero de 1945 regresó a Estocolmo. Fue nombrado como representante noruego en la Comisión Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo, ocupando dicho cargo durante diez años. Posteriormente, presidió el *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional de la Haya en 1961 hasta 1976, siendo además, miembro del Instituto de Derecho Internacional desde 1954, y fue también miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya⁶. Tras retirarse como profesor, en 1966 realizó cinco guiones de televisión manuscritos sobre sus recuerdos políticos comenzando desde su primera infancia y hasta 1950⁷.

³ GERMAIN, A., *Frede Castberg. Johan Castberg, University of Oslo, Hague Academy of International law*, Brev publishing editorial, 2012, p. 8.

⁴ Carl Joachim "CJ" Hambro, fue un periodista, autor y político noruego (5 de enero de 1885 y murió el 15 de diciembre de 1964); representó al Partido Conservador Noruego, y fue miembro durante diez periodos en el Parlamento de Noruega, desempeñando el cargo de Presidente del Parlamento durante 20 años. Participó en asuntos internacionales como el trabajo con la Sociedad de Naciones (1939-1940), fue delegado en la Asamblea General de la ONU entre los años 1945-1956, y además fue miembro del Comité Nobel de Noruega durante los años 1940-1963.

⁵ Dumbarton Oaks es una mansión localizada en Georgetown, Washington D.C., donde se realizó la Conferencia entre China, la URSS, Estados Unidos y Reino Unido, que ayudó a constituir el primer paso de la Declaración de Moscú de 1943, que reconocía varias propuestas para la creación de una organización mundial en la posguerra que sucediera a la Liga de las Naciones; aunque no sería hasta la Conferencia de San Francisco, cuando nacerían las Naciones Unidas, en 1945.

⁶ ANDEANAES, J., «Frede Castberg 70 år», en *Legal Essays: a tribute to Frede Castberg, on the occasion of his 70th birthday 4 july*, Universitetsforlaget, Oslo, 1963, p. 3.

⁷ ANDEANAES, J., «Frede Castberg 70...», op. cit., p. 4.

En relación a su biografía intelectual, es de interés su tesis doctoral *La prohibición de la Constitución contra la promulgación de leyes retroactivas* (*Grunnlovens forbud mot a gi lover tilbakevirkende kraft*), realizada entre los años 1920-1921, donde comienza a hacer referencia al método constructivo en el pensamiento jurídico; además, realiza un análisis de la relación jurídica entre el Estado y el individuo, y la posible relación entre el Estado y la ley, partiendo de la idea de que la costumbre constitucional, se convertiría en el inicio del estado de Derecho. Realizó además un escrito en 1918 relativo a la división de poderes y de cómo estos poderes actuaban tanto en el Derecho constitucional francés, como en el noruego.

Realizó varios trabajos donde su objeto de estudio fue la Constitución Noruega, publicados en el año 1935 y que estaba formado por dos volúmenes (*Norgesstats forfatning*)⁸; en estos volúmenes se estudiaba y analizaba los cambios en la costumbre estatal, que llegaron a provocar la introducción del parlamentarismo. Estos volúmenes, además fueron adaptados como manuales para estudiantes noruegos. Más adelante, llegaría a desarrollar una teoría sobre la constitución que contradeciría la teoría constitucional anterior, y que posteriormente sería igualmente tratada en un informe al parlamento que realizó en el año 1953.

En relación al ámbito del Derecho Constitucional Castberg también tuvo su aportación con la realización de diferentes conferencias sobre la *Ley Constitucional de los Grandes Poderes*, que posteriormente fueron publicados en *Libertad de expresión en Occidente* (*Freedom of Speech in the West*)⁹ en 1960, realizando una descripción de la ley constitucional de las grandes potencias occidentales y su proyección hacia los años futuros, con un examen de la posición legal de Francia, Estados Unidos y Alemania Occidental.

En el ámbito del Derecho administrativo, Castberg también tuvo una gran influencia con sus ensayos en la *Revista administrativa nórdica* (*Nordisk Administrativ Tidsskrift*), de 1930, y *Los procedimientos en la 15ª reunión legal nórdica* (*Forhandlingene ved det 15. Nordiske juristmote*) de 1931¹⁰. Castberg buscaba dar un punto de vista realista en relación a la concepción de los marcos conceptuales y la relación de los principios generales que impregnaban el Derecho administrativo

⁸ ANDEANAES, J., «Frede Castberg 70...», op. cit., p. 1.

⁹ ANDEANAES, J., «Frede Castberg 70...», op. cit., pp. 2 y 8.

¹⁰ ANDEANAES, J., «Frede Castberg 70...», op. cit., p. 2.

noruego, haciendo referencia a la Corte Suprema. Su otra gran aportación, fue por su creación de una análoga ley administrativa, utilizada por gran parte de la jurisprudencia, ya que no existía una ley administrativa general noruega; ésta fue escrita en el año 1938, bajo el nombre *Una introducción al Derecho administrativo*, aunque hay que destacar que su carácter era doctrinal.

Otro ámbito estudiado por Castberg, fue el Derecho internacional, donde entre los años 1922-1941 realizó una colección bajo el nombre *Investigaciones sobre cuestiones de Derecho internacional (Utredninger om folkerett spørsmål)*¹¹. También, entre los años 1930-1951 escribió *Sobre la entrada en tratados (Ogominnga elseavtraktate)*¹². Como contribución también destaca *Estudios sobre el derecho internacional Público (Studier i folkerett)*, obra de 1952¹³. Castberg también realizó e impartió varias conferencias en la Academia de Derecho Internacional Público de La Haya, posteriormente publicadas como *El exceso de poder en la justicia internacional (L'excès de pouvoir dans la justice internationale)* en 1932, y *El método del Derecho internacional público (La méthodologie du droit international public)* en 1934¹⁴.

Su aportación de mayor interés para este trabajo, gira en torno al ámbito jurídico-filosófico, donde critica y resalta acentuando los problemas relativos con la lógica y la metodología jurídica; esto se ve reflejado en su obra *La autonomía moral del individuo (Individuos moralske autonomi)* escrita en el años 1920; y que también hace referencia en el *Método constructivo (Den konstruktive metode)*, de 1922; y en *El problema de la ley ideal (Idealrets problemet)*, también del año 1922¹⁵. Castberg defiende que la ley es un sistema de reglas de obligación, que condicionan el comportamiento humano, y la teoría jurídica debe buscar el objetivo de aclarar y caracterizar estas reglas como un sistema de normas vinculantes.

También dentro de este ámbito, Frede Castberg realizó un discurso con motivo de la celebración anual de la Universidad de Oslo, *La Ciencia del Derecho o Filosofía del Derecho (Rettsvidenskab or rettsfilosofi)* en el año 1936¹⁶, así como realizó un estudio sobre Ciencia política en la Universidad de Oslo, que se tradujo en un proyecto

¹¹ ANDEANAES, J., «Frede Castberg 70...», op. cit., p. 3.

¹² ANDEANAES, J., «Frede Castberg 70...», op. cit., p. 3.

¹³ ANDEANAES, J., «Frede Castberg 70...», op. cit., p. 3.

¹⁴ ANDEANAES, J., «Frede Castberg 70...», op. cit., p. 4.

¹⁵ ANDEANAES, J., «Frede Castberg 70...», op. cit., p. 4.

¹⁶ ANDEANAES, J., «Frede Castberg 70...», op. cit., p. 6.

de la nueva Ley de la Universidad en 1955, permitiendo una mayor autonomía académica de los consejos docentes de la Universidad¹⁷.

Pero su obra cumbre y de mayor interés, es su libro *Los Problemas de la filosofía jurídica (Problems of legal philosophy)*, escrito en su primera edición en noruego en 1939¹⁸, donde cuestiona la validez de las normas, así como la concepción de la noción del Derecho y los problemas de la filosofía jurídica derivados del pensamiento jurídico.

2. PENSAMIENTO GENERAL DE FREDE CASTBERG

Castberg dentro de su pensamiento jurídico defiende una posición tradicional de la ley como un sistema de reglas que condicionan y modifican las actividades y acciones humanas; donde es de interés la problemática que surge en relación con la libertad, la voluntad y la responsabilidad de la voluntad, así como lo que significa el contenido de las normas válidas y la búsqueda de lo objetivamente válido en relación con la justicia individual. Hace incidencia en la necesidad de la teoría legal de estudiar estas reglas; desde un punto de vista iusnaturalista de corte moderado, entiende hay unos principios fundamentales que el orden social está obligado a respetar, *son una precondition lógica para la defensa de los derechos humanos, y su protección internacional*¹⁹.

Castberg defiende una Sociología del Derecho estableciendo métodos que resuelvan los problemas de acuerdo con la ley vigente o ley existente por su propia naturaleza dogmática, donde la búsqueda de medidas válidas están basadas en el material legal disponible, donde su punto de vista se torna normativista o positivista, aunque entiende que existe una incapacidad del Derecho positivo para dar la única solución válida a cualquier pregunta, ya que dichos vacíos legales dependen realmente, del equilibrio de los intereses en conflicto, por lo que como conclusión, entiende que hay varias soluciones validas en relación a un sistema de grados de certeza.

¹⁷ SERPE, A., *Realismo nordico e dirittiumani. Le "aventure" del realismo nella cultura filosofico-giuridicanorvegese*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2008, p. 114.

¹⁸ SMILEY, T.J. «Problems of Legal Philosophy by Frede Castberg, Professor of Constitutional and International Law at the University of Oslo», *Cambridge Law Journal and Contributors*, 1958, pp. 2-3.

¹⁹ ...*They are a logical precondition for the defense of human rights, and their international protection.* ANDEANAES, J., «Frede Castberg 70...», op. cit., p. 2.

Otro punto de vista de interés en el pensamiento jurídico de Castberg, es su actitud liberal hacia el método constructivo en la teoría jurídica, que Andeanaes define como *el método en teoría legal por el cual uno intenta incorporar las normas del derecho positivo en las reglas generales con el fin de preceder la conexión lógica en el orden legal, permitiendo la solución de problemas legales futuros mediante los principios generales a los que se llegó*²⁰. Castberg también realiza una distinción con el método sociológico-teleológico, que parte de una *visión de las funciones sociales de la ley y la importancia de los propósitos de la ley*²¹. Aquí, Castberg enfatiza el carácter que tiene el pensamiento legal en relación con la realidad social, por lo que el pensamiento de Castberg acepta mayormente el método sociológico, puesto que aun teniendo desventajas, es el que más se adecúa a la realidad social.

Castberg enfatiza que los postulados de la ley que deben ser racionales y justos²², llegando a dichos postulados por medio de la Historia del Derecho y la Sociología, correspondidos con el método constructivo y el teleológico-sociológico, realizando una gran distinción entre ambos.

Los problemas de la Filosofía jurídica serán encontrar la noción de ley del Derecho y si ésta tiene elementos *a priori*, necesitando hacer referencia del mundo de las ideas, tomando la realidad psicofísica inmediata como punto de partida de interés²³. *La idea de validez es jurídica y no de axioma (aksiom)* llevaría al pensamiento jurídico hacia axiomas lógicos²⁴.

La validez de la norma, sigue el esquema kelseniano de la *Grundnorm* (para Castberg *grunn-normen*), el cumplimiento de una norma válida se justifica con respecto a la norma superior, realizando un postulado de la validez que también conecta con la realidad social, derivada de las convicciones legales generales y el reconocimiento del

²⁰The method in legal theory by which one tries to incorporate the norms of positive law in the general rules in order to precede the logical connection in the legal order, allowing the solution of future legal problems through the general principles that were arrived at. ANDEANAES J., «Frede Castberg 70...», op. cit., p. 6.

²¹ ...Vision of the social functions of the law and the importance of the purposes of the law. CASTBERG F. *Problems of..*, op. cit., p. 79.

²² ...For the social utility of judgments, it is of infinitely greater consequence that the legislation itself which they apply be socially rational and just. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., p. 6.

²³ SERPE, A., *Realismo nordico...*, op. cit. p. 113.

²⁴ ...L'idea di validità è legale e non assiomatica. SERPE, A., *Realismo nordico...*, op. cit., p. 115 y CASTBERG, F., *Forelesninger over Reetsfilosofi*, Oslo University Press, Oslo, 1953, p. 44.

ordenamiento jurídico por parte de toda la sociedad²⁵. La aplicación de la ley es un *reclamo de justicia* (*en rättfärdighetskav*), que presupone la *libertad de la voluntad* (*viljefrihet*)²⁶, donde destaca la personalidad que forma la libertad de voluntad de las personas, englobado dentro de unas ideas metafísicas²⁷.

La voluntad está condicionada por razones subyacentes a la que a la decisión corresponde una escala que mide la intensidad de la libertad, arraigada a la necesidad de justicia que establece las conexiones lógicas de los pensamientos, donde, como conclusión se entiende que puede existir cierta variabilidad en el contenido de justicia. Esto conecta con la ley natural de Castberg, entendida como *un derecho natural de contenido variable* (*droit naturel au contenu variable*); donde un mínimo ético es necesario para que las reglas sean válidas, y además, dicho mínimo ético expresa la *ley natural de una nación* (*legge naturale di una nazione*).²⁸ Y si bien es cierto, que las normas legales no pertenecen al mismo ámbito que las normas morales, si que tienen elementos en común relacionados con sus enunciados sobre derechos y deberes²⁹, por lo que se podría llegar a realizar una analogía entre ambas.

Castberg entiende que la ley no puede reducirse al cálculo de probabilidades, ya que las normas no son directivas genéricas ni técnicas, sino que son normas legales que deben ser aplicadas por el juez, donde la ley servirá como material normativo del que se sacan conclusiones mediante un procedimiento lógico; ya que las normas aun relacionadas con los imperativos independientes, éstos no explican la esencia de la norma.³⁰ El pensamiento jurídico es normativo y se realiza desde las normas para llegar a las normas, y mientras, el método de la Ciencia jurídica debería ser la ciencia reguladora social³¹, intentando reproducir las normas del Derecho positivo en las reglas generales.

Las leyes y el Derecho deben seguir un propósito que defienda los intereses sociales, respondiendo a los cánones ideales de la ley, y estos propósitos son la calculabilidad y el bienestar, que fluyen entre el *sentimiento de solidaridad*

²⁵...It is admittedly the case that legal reality decides how we are to set up our fundamental norm. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 46-47.

²⁶SERPE, A., *Realismo nordico...*, op. cit., p. 116.

²⁷...A rational valuation of the law is not possible unless one accepts as a metaphysical reality the free will of the human personality within naturally given limits. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., p. 94.

²⁸SERPE, A., *Realismo nordico...*, op. cit., p. 179.

²⁹CASTBERG, F., *Forelesninger over Retsfilosofi*, op. cit., p. 45.

³⁰CASTBERG, F., *Forelesninger over Retsfilosofi*, op. cit., p. 67.

³¹CASTBERG, F., *Forelesninger over Retsfilosofi...*, op. cit., p. 72.

(*solidaritetsfolesen*), incluyendo tanto el Derecho nacional como el internacional³², llegando a proclamarse la justicia como fin último de la ley. Castberg diferencia la justicia formal de la material, donde está relacionada con los términos de correcto (*riktig*) e incorrecto. Un sistema es democrático solo si armoniza mejor las necesidades de efectividad (*effektivitet*), de justicia formal y material (*formell og materiell rettferd*) y respeto por los derechos humanos (*respekt for menneskerettighetene*).

La democracia se basa en una idea de igualdad (*likhet*)³³. Además, en relación a los derechos humanos y su reconocimiento, Castberg entiende que requieren de un proceso de positivización³⁴ para su posterior reclamación en aras de la justicia, y ante los tribunales, para que éstos derechos adquieran firmeza. La efectividad de la democracia está relacionada con *el principio de la libertad de expresión* (*ytringsfrihetens prinsipp*)³⁵, buscando el respeto a los derechos humanos individuales, que permita realizar la armonización de distintas soluciones. Castberg concluye que la libertad de expresión se representa como el núcleo de los derechos sociales y el respeto a la dignidad de cualquier ser humano.

³² CASTBERG, F., *Forelesninger over Retsfilosofi*..., op. cit., p. 108.

³³ SERPE, A., *Realismo nordico*..., op. cit., pp. 180-181.

³⁴ CASTBERG, F., «Menneskerettighetne, Grunnloven og Domstrolene», in *Tidsskrift for Retsvitenskap*, Nº 78, Oslo, 1965, p. 391.

³⁵ SERPE, A., *Realismo nordico*..., op. cit., p. 182.

III. CONTEXTUALIZACIÓN: EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO Y EL IUS NATURALISMO DEONTOLÓGICO.

Castberg se vio englobado en un escenario escandinavo jurídico, donde dos de las principales corrientes del pensamiento jurídico formaron un debate a partir de los años 40, un realismo jurídico mayoritario, en contraposición a un Derecho natural que se corresponde con el idealismo de Frede Castberg. Este debate entre ambas corrientes de pensamiento promovió e influyó sobre la realidad del positivismo normativo³⁶.

1. REALISMOS ESCANDINAVOS: EL REALISMO SUECO Y EL REALISMO NÓRDICO.

El realismo escandinavo jurídico, es una teoría que aparece en contraposición al debate iusnaturalista y positivista, realizando una crítica al considerar que éstos últimos están lejos de explicar científicamente el Derecho. Después de la Segunda Guerra Mundial, las aportaciones de este movimiento se incorporaron al normativismo analítico, y sirvieron de orientación del positivismo en autores como Kelsen, Bobbio o Hart³⁷.

El realismo, desde el punto de vista del Derecho y la Ciencia jurídica, aparece como un enfoque opuesto al propuesto por el Derecho natural, ya que la fuente de la ley no se encuentra en el orden natural o en la razón humana o en un mundo inteligible; Sino que el derecho surge de fenómenos históricos englobados dentro de las actitudes de los individuos, las costumbres o la legislación histórica de un determinado territorio y un determinado tiempo. Además, el contenido de la ley no está basado en el control de la justicia, ni hay una correlación entre la ley y los principios morales generales o absolutos, por lo que la ley no debe de buscar unos fines concretos ni conllevar la aplicación de la consideración de la justicia. La corriente realista considera el Derecho desde una visión anti-idealista, donde el Derecho aparece como una parte de la realidad que sólo es perceptible por los sentidos, alejándose de concepciones metafísicas que

³⁶ ...In Scandinavia, an animated debate arose in the 40's between the Swedish legal philosophers supporting Hägerström's "theory of reality" and some Logic Empiricism's postulates and, in opposition, a moderate attempt to re-propose Natural Law and the normative concept of Law... SERPE, A., «Realism vs Idealism. Ross and Castberg. Paths of a dispute upon Law and human rights», *Frónesis*, v. 16, n°.1, Caracas, 2009, p. 1.

³⁷ HIERRO, L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Ediciones Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1979, p. 34.

permitan establecer un Derecho *a priori* en la realidad física, derivado de concepciones idealistas.

Existen dos grandes corrientes dentro del realismo escandinavo, de una primera mano, aparece el movimiento realismo sueco, donde se englobaría la Escuela de Uppsala; y de otra mano, aparecerá un realismo surgido en Noruega y Dinamarca que puede denominarse realismo nórdico. En el primero, surge una teoría del conocimiento donde *las entidades reales que pertenecen a mundo empírico pueden concebirse racionalmente los juicios de valor y las normas están más allá del conocimiento desprovistos de existencia real*³⁸. En el realismo sueco, se entiende la ley como un hecho sociológico y psicológico, donde los hechos legales surgen como *sentimientos humanos de obligación (sentimenti umani di obbligo)*, donde destaca una fuerte crítica al formalismo. En Suecia el antiformalismo surgió como una reacción al idealismo dominante en la segunda mitad del siglo XIX. El realismo de la escuela de Uppsala se centrará en teorizar las teorías realistas.

En relación al realismo nórdico, el objetivo y fin de la ciencia jurídica es conducir las consideraciones prácticas de utilidad social, teniendo una referencia privilegiada a la práctica de los tribunales. Las decisiones legales se considerarán como normas de *necesidades prácticas (esigenze pratiche)*, y *la práctica judicial es guiada por el análisis realista de los juristas*³⁹. Se esta forma, aparece por tanto una teoría donde la decisión jurídica tiene una gran labor en relación a la preocupación de la problemática que deriva de las decisiones judiciales y la argumentación lógica, así como el pensamiento derivado del silogismo jurídico. En países como Dinamarca y Noruega, el realismo surgió en contraposición de las teorías que surgen de los convencionalismos y los conceptualismos, para evitar las trampas lingüísticas derivadas del uso del lenguaje. En el realismo nórdico, lo importante será que el juez esté convencido de la ideología social dominante, considerada como válida y la cual reconoce un sistema político existente como válido solo al establecer una relación entre la costumbre, el precedente y la razón o la lógica. Los autores realistas nórdicos, critican la insuficiencia del método de subsunción en cuanto su uso en la aplicación de la ley, ya que surge la necesidad de que sea el juez quien complete la normativa, así como realice su

³⁸ ...*Entità reali appartenenti al mondo empirico possono concepire razionalmente giudizi e norme di valore che vanno oltre la conoscenza privi di esistenza reale.* SERPE, A., *Realismo nordico...*, op. cit., p. 100.

³⁹ ...*La pratica giudiziaria è il realista dei giuristi...* SERPE, A., *Realismo nordico...*, cit., p. 101.

interpretación, siendo la constante de *la naturaleza del caso* (*tilfeesnatur o saensnatur*), *la que habría permitido al juez resolver un caso, y si fuera necesario, también sacrificar el dictado normativo*⁴⁰.

Por tanto, y como conclusión en relación a cuáles son las diferencias entre ambos realismos, ésta radica en la diferente función que cada uno atribuyen a la consideración de la Ciencia jurídica, siendo el realismo sueco aquel que considera las normas como juicios de valor, con importancia en la ley de los hechos sociales, y donde el hecho legal sería coincidente con los sentimientos humanos de obligación, apareciendo el deber jurídico. En cambio, el realismo nórdico, sabe de la importancia de la utilidad social en la ley, donde las decisiones jurídicas van relacionadas con las necesidades sociales y donde el análisis de los juristas se realiza por medio de la argumentación y el silogismo jurídico.

2. DERECHO NATURAL DEONTOLÓGICO E IDEALISMO.

El Derecho natural es aquel movimiento que surge bien de Dios o bien de la naturaleza o la razón, e impone que la fuente de la ley se encuentra dentro de un orden natural, que surge de la razón humana como un intento de dotar de entendimiento, el origen y principio de las cosas (*arjé*), derivado de la naturaleza que determina previamente el concepto de Derecho gracias a la capacidad de la razón humana (*logos*). Aparecen cuestiones relacionadas con el modo de la deducción de la lógica de los *preceptos rectores de la conducta humana*⁴¹, llegando a acceder a la naturaleza de las cosas (*physis*) a través de la lógica o la razón.

La teoría del iusnaturalismo, ha ido variando de concepción así como de fines y objetivos, modificando sus características según los autores que la defiendan o momento histórico. Desde un primer momento, con su origen en la Grecia Clásica donde se hace hincapié en torno al *nomos* o lo humano, y la *physis* o lo natural, llegando a realizar una distinción entre lo artificial y convencional, y lo natural e ideal. En este diálogo, surgen las primeras cuestiones sobre la ordenación a partir de las leyes, que

⁴⁰ ...*La naturalezza del caso* (*tilfeesnatur o saensnatur*), *la norma consentiva al giudice di risolvere un caso e, se necessario, anche di sacrificare la dettatura normativa*. SERPE A., *Realismo nordico...*, op. cit., p. 106.

⁴¹ GÓMEZ GARCÍA, J.A., «El problema del Derecho Natural en la doctrina historicista del Derecho de E. K. von Savigny», *Anuario de filosofía del derecho*, N°16, Madrid, 1999, p. 255.

gobierna al cosmos y al hombre, conceptualizado por Platón y desarrollado desde un punto de vista aristotélico donde se entiende lo natural con la concepción de justo, inmutable y eterno (pero, se llega a permitir modificaciones que tienen relación con el cambio de la naturaleza de las cosas⁴²), de la que no depende de la arbitrariedad del hombre, en contraposición a lo que surge como *derecho político* (*politikón díkaion*) llegando a relacionarse desde un primer momento con un ius positivismo mutable y cambiante que da origen a una *justicia legal* (*nomikón díkaion*)⁴³. El iusnaturalismo como concepción de la naturaleza determinada como una realidad susceptible de cambio, será defendida por Frede Castberg, con la idea de que la naturaleza se contrapone a la apariencia y a lo que el hombre puede percibir empíricamente a través de los sentidos y al arbitrio de la voluntad humana, reconociendo por tanto una voluntad mínima que estaría relacionada con el libre albedrío y alejada del determinismo, por lo que defenderá un Derecho natural de contenido variable.

El objetivo de ius naturalismo es resolver los problemas ontológicos relacionados con el ser, y la deducción del imperio del orden natural utilizando el pensamiento lógico. Se podría reducir a dos categorías los significados de este Derecho, considerado por una parte como una postura epistemológica que busca la estructura que subyace en la teoría iusnaturalista; y de otra parte, como el contenido de dicha postura epistemológica, concretado en unos principios ético-sociales que influyen en la estructura jurídica de las sociedades, en busca de una teoría de la justicia⁴⁴. Aparecen rasgos característicos del Derecho natural, tales como la unión del ser y del deber ser, partiendo de una concepción metafísica del ser de Derecho, el cual se encuentra dentro de la expresión de la naturaleza de las relaciones humanas, y no dependiente de un Derecho arbitrario creado por los hombres y relacionado con el ius positivismo, debiendo haber una correlación entre el Derecho verdadero y el Derecho del deber ser, siendo éste último el Derecho ideal o Derecho de justicia. Por tanto, el ius naturalismo está dentro de la consideración de las teorías del deber ser, debiendo la naturaleza servir como un valor; se busca realizar un análisis científico de lo que se considera como Derecho que constituye la expresión del deber ser; conectado con la posibilidad del

⁴² ...Y porque lo justo de esta clase pueda mudar algunas veces para nuestro uso, no por eso deja de ser justo por naturaleza. Lejos de esto, subsiste justo, porque lo que subsiste justo en el mayor número de los casos es evidentemente lo justo natural. ARISTÓTELES, *La gran moral*, Espasa, Madrid, 1976, p. 68.

⁴³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómano*, Gredos, Barcelona, 2014, p. 10.

⁴⁴ ROBLES MORCHÓN, G., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1988, p. 19.

conocimiento por cualquier ser humano del Derecho natural que proviene de fuera de su persona y llega hasta él gracias a la lógica.

Otra característica es el dualismo jurídico, entre el Derecho natural y el Derecho positivo, admitiendo en ambos, pero recalcando que el segundo, debe de estar de acuerdo y no contradecir el Derecho natural⁴⁵. Se han realizado varias críticas por parte de los pensadores positivistas, donde las formas de conocimiento como la Dogmática jurídica o la Sociología, aparecen ligadas al problema del Derecho natural de buscar una reflexión sobre la idea de la justicia, surgiendo la *teoría deontológica del derecho natural* o *derecho natural deontológico*⁴⁶.

Dentro de la teoría deontológica del derecho natural estaría el pensamiento de Frede Castberg, siendo un tipo de naturalismo contemporáneo donde aparece atenuada la inmutabilidad. Castberg argumenta a favor de este Derecho natural para defender y justificar los derechos humanos, donde el Derecho natural se refiere a *principios jurídicos supra-positivos y objetivamente válidos*⁴⁷, además de ser *juicios de validez general y postulados - normas generales- que parecen tener un fundamento en la naturaleza humana*⁴⁸; estos derechos deben de respetarse por *la convicción de que los derechos del hombre están fundados sobre un Derecho, por así decir, superior a las disposiciones del Derecho positivo*⁴⁹.

3. IDEALISMO EN CONTRAPOSICIÓN CON EL REALISMO.

El idealismo y realismo surgen a partir de 1930, como las dos corrientes principales en el mundo del Derecho nórdico; esto se puede observar en el artículo «Idealismo och realismo i rettsvitenskapen» («Realismo e idealismo en la Ciencia del Derecho») de 1941, publicada en la revista *Tidsskrift ara Rettsvitenskap*, y cuyo autor es Ivar Strahl⁵⁰. Del realismo, surgen autores como Axel Hägerström⁵¹, Vilhelm

⁴⁵ GÓMEZ GARCÍA, J.A., «El problema del ...», op. cit., pp. 159-160.

⁴⁶ GÓMEZ GARCÍA, J.A., «El problema del ...», op. cit., p. 161.

⁴⁷ ...*Supra-positive and objectively valid legal principles*. CASTBERG F. *Problems of..*, op. cit., p. 21.

⁴⁸ ...*Judgments of general validity and postulates - general norms - that appear to have a foundation in human nature*. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., p. 27.

⁴⁹ ...*The conviction that human rights are based on a right superior to the provisions of positive law*. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., p. 13.

⁵⁰ Ivar Strahl fue un abogado sueco (13 marzo 1899, Estocolmo – 4 diciembre 1987, Uppsala) graduado en Derecho en 1911, fue miembro del jurado durante 1927, fue fiscal y asesor del Tribunal Superior de Svea en 1926 y 1931, además de trabajar como asesor de la Corte suprema en el año 1937. También

Lundstedt⁵², Karl Olivecrona⁵³, Torstein Eckhoff⁵⁴ y del idealismo normativista el autor a que se hará referencia es Frede Castberg, cuya concepción del Derecho busca el objetivo de hacer retornar al Derecho natural en búsqueda de la recuperación del método constructivo. Entre las divergencias de ambas teorías, destaca la consideración de la validez de las normas y de cómo se llega a dicha validez a través del pensamiento jurídico y la lógica, así como las divergencias en la consideración de la realidad y el significado e incidencia que tiene en el Derecho y en las conductas y actos sociales de las personas derivadas del uso del lenguaje.

Desde la teoría realista, se considera que el Derecho parte de una realidad empírica donde el pensamiento lógico se describe como hechos psicológicos, gracias a un estudio de la realidad sociológica; apartándose de fenómenos metafísicos correspondientes al ius naturalismo, y partiendo de que la validez normativa surge a partir de la idea de un sistema normativo que basa su argumentación jurídica en postulados, de la mano del pensamiento de Alf Ross⁵⁵. Las reglas que dan la validez se forma por medio de postulados, entendiendo el sistema normativo como un todo. La validez por tanto, se atribuye solo si *se observa el hecho empíricamente*⁵⁶, y como conclusión, la validez de la norma no puede explicarse por medio de los métodos de la

trabajó como profesor en la Universidad de Uppsala entre los años 1946-61; fue notario y secretario en las Comisiones parlamentarias de 1929, 1932 y 1935.

⁵¹ Hägerström (6 diciembre 1868, Vireda – 7 julio 1939, Uppsala), de influencia neokantiana rechaza la posibilidad de comprobación científica del significado del deber o Derecho, considerando los juicios de valor son sólo expresiones emocionales.

⁵² Anders Vilhelm Lundstedt (11 septiembre 1882-20 agosto 1955) fue un legislador y jurista noruego, influenciado por Hägerström. Estudió derecho en la Universidad de Lund, y más tarde, trabajó como profesor en la Universidad de Uppsala entre los años 1914-1947. Además, fue miembro del parlamento sueco. Dentro de su punto de vista realista, destaca su argumentación en contra de la concepción del Derecho como realidades metafísicas, ya que encubrían preferencias subjetivas; entendiendo que no hay una validez objetiva al definir los requisitos que forman la justicia, así como el propósito del Derecho es el bienestar social, al cual debe de llegarse por medio de un estudio objetivo de los condicionantes sociales y de la capacidad de la ley para ofrecer efectos prácticos.

⁵³ Karl Olivecrona (25 octubre 1897 Norrbärke – 1980), fue abogado y filósofo jurídico sueco, que trabajó como profesor en la Universidad de Lund. Enfatiza en el significado psicológico de las ideas legales, donde se caracteriza el Derecho como hecho, ayudando a crear los primeros estudios sociológicos jurídicos, desde el punto de vista realista. Además se centró también en el uso del lenguaje y de cómo éste incide en la realidad.

⁵⁴ Torstein Einang Eckhoff (5 junio 1916- 17 abril 1993) Estudió derecho en la Universidad de Oslo, en 1938 y fue juez adjunto en la Isla de Senja hasta 1940, así como fue profesor en la misma Universidad de Oslo en 1953. En 1945 trabajó como secretario asistente en el Ministerio de Justicia y Policía. Eckhoff elimina las concepciones mágicas del Derecho, realizando una gran contribución en relación a varios estudios sociológicos, donde considera que el Derecho basa su argumentación en postulados.

⁵⁵ Alf Niels Christian Ross (10 junio 1899, Copenhague – 17 agosto 1979), fue un filósofo y jurista, que se engloba dentro de la corriente realista y sociológica del derecho, perteneciente a la escuela empirista-empirista de la mano de la influencia de Hans Kelsen y Axel Hägerström. Obtuvo el doctorado en la Universidad de Uppsala. Ross analiza el Derecho subjetivo en la ciencia jurídica.

⁵⁶ ...*The fact is observed empirically*. SERPE A. «Realism vs Idealism...», op. cit., p. 9.

Ciencia legal, ya que ésta llevaría inconscientemente hacia concepciones metafísicas. La validez de las normas legales, surge bajo el supuesto kelseniano de la *grund-norm*, de donde se desglosa que las normas inferiores son válidas en relación a que las normas superiores formadas por la Constitución y costumbre, donde son también válidas. La validez legal se considera identificada con la validez moral, entendiendo que no hay una obligación moral por exigir el respeto por la ley. Las expresiones de la concepción del Derecho justo son solo expresiones de sentimientos subjetivos, afectos o deseos⁵⁷, son expresiones emocionales.

Castberg, considera que los realistas entienden la Ciencia jurídica como un instrumento de predicción del comportamiento de facto de los tribunales, como una probabilidad, e indica las herramientas que permitan cumplir los fines que busca la norma legislativa, realizando una gran crítica al considerar que la validez de las normas siempre va a depender de elementos metafísicos.

En relación a la consideración del lenguaje, la teoría realista elimina las representaciones mágicas o religiosas y el objeto de cognición, ya que existen de forma independiente a la percepción, entendiendo que el mundo externo se rige sin la necesidad de elementos *a priori* o la *no consideración del Derecho como algo preestructurado, producido por la conciencia*⁵⁸; esto aparece en el pensamiento realista de Torstein Eckhoff. Castberg se opone a este pensamiento en su obra *Filosofía del Derecho en los países escandinavos*, por malinterpretar el idealismo como creadores de *representaciones mágicas (magical representations)*⁵⁹. Además, Castberg entiende que la concepción que tienen los realistas del deber y obligación, no puede conducir a conclusiones lógicas, y como conclusión la ciencia jurídica no se llegaría a considerar como normativa, sino que tendría la consideración de indicativa⁶⁰.

⁵⁷ ...Realism asserts that representations on just, just Law are nothing but expressions of subjective feelings, affections, wishes. SERPE, A., «Realism vs Idealism...», op. cit., p. 10.

⁵⁸ ...Nessuna considerazione della legge come qualcosa di pre-strutturato, prodotto dalla coscienza. SERPE, A., *Realismo nordico...*, op. cit., p. 111.

⁵⁹ CASTBERG, F., «Philosophy of Law in the Scandinavian Countries», *The American Journal of Comparative Law*, V. 4, n° 3, Oxford, 1955, p. 400.

⁶⁰ Castberg wrote a realist would assert that normative propositions containing words such as "shall", "ought to", "obliged to" cannot lead to logical conclusions thus legal science propositions are not normative but indicative. SERPE, A., «Realism vs Idealism...», op. cit., p. 12 y SERPE, A., *Realismo nordico...*, op. cit., p. 112.

En contraposición, desde la teoría idealista, se relaciona el derecho con dos mundos diferenciados, el primero, el *mundo real* (*virkelighetens verden*) y un *mundo de validez* (*gyldighetens verden*)⁶¹. Por medio de la lógica se entiende que el mundo de la validez va más allá del mundo real, correspondida con un Derecho natural. En el idealismo se critica los métodos utilizados en sociología y psicología, ya que no pueden proporcionar conclusiones lógicas y ontológicas, por lo que dichos métodos se consideran insuficientes para explicar la validez del sistema normativo; por tanto, deberá ser a través de operaciones lógicas el modo de crear las conclusiones lógicas, surgiendo la necesidad de considerar la existencia de un elemento *a priori* del Derecho.⁶²

En relación con la consideración de la posible identificación de la validez moral con la validez legal, según Castberg, entiende que se identifica aunque no exista una obligación moral que obligue al respeto y el cumplimiento de la ley en la aceptación del sistema normativo. Aunque sí sigue la concepción de la teoría realista en la relación de la consideración de la validez y la naturaleza vinculante del Derecho que surge de la validez de normas superiores como la constitución o la costumbre⁶³, por tanto, tiñe de tintas positivistas la consideración kelseniana de la validez de las normas superiores.

La validez objetiva se corresponde con la conformidad del interés social, aun suponiendo que existan representaciones metafísicas *a priori*. Pero Castberg se mantiene alejado en su punto de vista de la consideración como producto sobrenatural los términos legales, a los que Castberg consideró que no justifican la representación de lo justo⁶⁴.

⁶¹ ...In legge viene fatta una distinzione tra il mondo reale (*virkelighetens verden*) e il mondo della validità (*gyldighetens verden*). SERPE, A., *Realismo nordico...*, op. cit., p. 110.

⁶² ...Det er nødvendig å vurdere eksistensen av et *a priori* element i loven... CASTBERG, F., «Realisme og Idealisme i Rettsvitenskapen». *Jussens Venner*, nº 1-5, Oslo, 1953, p. 87.

⁶³ ...Validity runs through the legal system and the observance of a valid norm is justified by the validity of a higher norm....The Norwegian persevered in the correlation between the postulate of validity expressed in the grunn-norm and the social acts: the validity of Law cannot be explained only through the validity of the postulate but also through its correspondence to the general juridical convictions and to the acknowledgment of the consociates. SERPE, A., «Realism vs Idealism...», op. cit., p. 10.

⁶⁴ ...Castberg kept his distance from concepts which claimed that legal terms were the product of “supernatural powers” and considered them shallow and provoking. He wrote that realists only misinterpret their opponents when classifying them as creators of magical representations. SERPE, A., «Realism vs Idealism...», op. cit., p. 13.

IV. LOS PROBLEMAS DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA SEGÚN LA PERSPECTIVA DE FREDE CASTBERG.

1. APROXIMACIÓN A LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Frede Castberg, en su libro *Los problemas de la filosofía legal* se acerca al estudio del Derecho desde la aproximación a los conceptos de Ciencia jurídica, Historia del Derecho, Sociología, y Filosofía jurídica, para comenzar a entender la problemática existente en el pensamiento lógico jurídico, desde un punto de vista ius naturalista. Se va a centrar en los problemas del razonamiento jurídico y el valor objetivo de nuestros ideales de la ley o problemas de la valoración jurídica, surgiendo preguntas sobre los límites del conocimiento y la posibilidad de una apreciación válida de forma objetiva, dando lugar también a preguntas relacionadas con lo correcto, o cuál es el carácter lógico del pensamiento dogmático. Su fin es entender la ley como un fenómeno espiritual y metafísico, buscando determinar la noción de ley y el carácter lógico del pensamiento jurídico y la consideración válida de la impugnación de la ley.⁶⁵

Los problemas derivados de la Filosofía jurídica, a los que Castberg va a hacer referencia son la noción de la ley, los problemas de la normatividad y el pensamiento jurídico, así como cuál es la valoración de la ley⁶⁶. En relación a la determinación de la noción de la ley, surge la cuestión de si la ley se determina de forma empírica o se establecen puntos de partida *a priori*; así como si puede entenderse como una idea lógica que tiene competencia normativa y validez, donde la noción de deber legal está ligada a la idea de ley.

En la extracción de conclusiones lógicas vinculantes de las normas legales surgen problemas derivados de su normatividad, donde se buscan las operaciones mentales correctas en el pensamiento jurídico, obteniendo respuestas de si es posible alcanzar resultados válidos objetivamente desde el pensamiento jurídico o dogmático,

⁶⁵ *Of all the research which looks for causal explanations of current legal, political, moral and religious conception, it holds good that it may involve a danger t the scientist's own conviction of the "validities" concerned.* CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 9-17.

⁶⁶ *...Its object (the object of law philosophy) is to try to understand law as a spiritual phenomenon, to determine the notion of law and examine the logical character of legal thought and the logical possibility of an objectively valid valuation of the contents of the law.* CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 18-19.

así como, si la aplicación de la ley existente implica de forma necesaria un elemento de libre opción.

En relación con la valoración de la ley, se debe analizar las valoraciones de ley existente y si es posible alcanzar resultados objetivos de validez, buscando los propósitos de la ley, evaluando los valores fundamentales que en la sociedad se aceptan como válidos de forma objetiva, tales como la justicia, surgiendo cuestiones sobre si la valoraciones de los ideales legales tiene relación con un fenómeno psicológico o se acude a ellos desde la lógica, o si la demanda de justicia estipula unos supuestos necesarios de naturaleza metafísica en relación a la voluntad humana y su libertad.

2. LA NOCIÓN DE LEY

2.1. Elemento *a priori* en la noción de ley

La noción de ley hace referencia a la forma lógica de la ley positiva, surgiendo la cuestión de si parte de su contenido se da *a priori*.⁶⁷ Desde la *Teoría de la Comprensión* de Kant, se observan ciertas formas *a priori* de la comprensión que da forma a la experiencia. Según esta Teoría, la noción de Derecho sería una forma exclusivamente *a priori*; Castberg no comparte dicha teoría, ya que entiende que la noción de Derecho tiene elementos extraídos de la experiencia jurídica, donde el inicio surge en fenómenos físico-psíquicos de la vida jurídica o fenómenos individuales que se establecen como jurídicos, y el contenido de las ideas se expresa en la ley existente. La noción de ley comprende la norma, y contenidos de las ideas, remitiéndose a la noción de la ley relativa al Derecho natural, de donde pertenecen las ideas. De esta forma, se remite al sistema de comprensión, haciendo referencia al mundo platónico. Para

⁶⁷ Rudolf Stammler en su teoría *Las formas puras de Pensamiento*, entiende que la noción de Derecho es cambiante y variable y que las vicisitudes de la historia no están sujetas a la comprensión jurídica, por lo que no existiría una noción de Derecho *a priori*. En cambio, autores como Alf Ross, en su *Teoría de las fuentes legales* entiende que la noción de ley se define por sí misma, determinando todo el sistema al que hace referencia la noción; donde la noción general y objetiva surge a partir de nociones especiales individuales.*The German legal philosopher, Rudolf Stammler, speaks of the "pure forms of thinking" of juridical understanding, which are not subject to the vicissitudes of history, and of the notion of law as the formal species and manner in which what is changeable and variable is determined as right. Ross, who in his "Teorie der Rechtsquellen", disputes the possibility of proceeding in this way in determining the notion of law, nevertheless admits that by reasoning thus one does not reason in a circle....But he thinks that his procedure cannot be justified here, where the notion which is to be defined itself determines the whole system that the notion is referred to...*CASTBERG, F., *Problems of...*, op. cit., pp. 20 y 22.

comprender la noción de Derecho, las normas deben de tener fundamento o correlación con la realidad, aceptando *a priori* que existe y se acepta un Estado vinculante, y como consecuencia, también las normas son vinculantes.

Si bien es cierto, se parte de supuestos *a priori* de que las reglas fundamentales del sistema jurídico son vinculantes, del supuesto de validez de la Constitución, del Derecho consuetudinario o de los principios del Derecho; de esta forma, se atribuye validez a la norma individual y se determina si los contenidos de una norma, deben considerarse validos, sean leyes vigentes o no. Esa idea de validez es el elemento *a priori* de la noción de Derecho; y dicha validez, *es equivalente a su fuerza obligatoria*⁶⁸, donde la noción del deber legal no está subordinada a la noción de deber moral. La concepción de validez de la ley y del deber legal que se observan en los dictados normativos son nociones puramente formales, necesarias para comprender el significado de la ley, pero independientes de la concepción moral (o metafísica) o de un verdadero deber de actuar de acuerdo con los dictados de la ley. Castberg no considera *una contradicción lógica el entender una regla como una ley vinculante, y al mismo tiempo, juzgarse moralmente obligado a romperla*⁶⁹.

2.2. La normatividad del Derecho.

El imperio de la ley contiene un mandato, donde resalta que ciertos actos o abstenciones deben o no deben realizarse; donde la característica del contenido del estado de Derecho se comparte con el mandato jurídico, y el contenido de las ideas legales y morales caracteriza los actos como correctos o incorrectos. Se parte de que en la Moral, debería diferenciarse entre el fenómeno psíquico de una persona que se mueve impulsada a actuar implicado por los sentimientos del deber, y la idea del Derecho que corresponde a la experiencia; de este modo, se distingue entre la experiencia psicológica y la idea moral o la concepción del deber⁷⁰.

⁶⁸*The validity of the law is equivalent to its obliging force...* CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., p. 22.

⁶⁹*The conception of the validity of law and of the duty to observe the dictates of law are purely formal notions...but which are independent of the moral conception of a true duty in act in accordance with the dictates of the law. It is therefore no logical contradiction to regard a rule as binding law, but at the same time to judge oneself morally obliged to break it.* CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 20-24.

⁷⁰ En contraposición a la idea de Hagestrom, en la que la noción de deber es una concepción irracional, es un intento de formar una declaración racional de algo que solo es una experiencia emocional, y el sentido del deber es una asociación entre una idea y una emoción, aunque se exprese en una proporción formada

En cambio, las reglas del Derecho son proposiciones generales, establecidas por declaraciones normativas que conllevan proposiciones sobre el deber ser, instituyendo la proporción de un carácter práctico, al mismo tiempo que expresa una valoración, pero no está basado en una conexión real⁷¹. Un orden legal positivo constituye un sistema normativo, donde la autoridad está basada en un postulado de validez que se establece en vista del hecho social, basado en la experiencia de que *el sistema general es aceptado por la opinión pública y mantenido por la fuerza organizada*⁷².

Desde un punto de vista realista, se entendería que la ley es una expresión de probabilidad en base a la regularidad fáctica en la vida social, caracterizado por una experiencia irracional de una idea de validez. Según Castberg, esta línea de entender el Derecho como una probabilidad sociológica⁷³, conlleva a que lo característico del pensamiento jurídico desaparezca, ya que la proposición legal no establece un curso de probables eventos futuros, sino que consiste en conclusiones más o menos ciertas de ideas con contenidos normativos, donde las normas legales toman como punto de partida la realidad psicofísica; se considera modos de acción regulares en relación con

como juicio. Esto supone que no se reconoce la idea de algo objetivamente válido en la moralidad. ...*The Swedish thinker, Axel Hageström, and his supporters have tried to demonstrate that the idea of duty is an irrational conception. When one expresses one's opinion that something is duty this is according to Hageström, a hopeless attempt to formulate as a rational statement something which in reality is only an emotional experience.* CASTBERG, F., *Problems of...*, op. cit., p. 24.

⁷¹ Husserl toma como ejemplo la frase “Un soldado tiene que ser valiente” dice lo mismo que la proposición “solo un soldado valiente es un buen soldado”, cuya opinión para Castberg, es que el hecho de que dicha frase no contenga palabras como “tiene que”, “debería” o “puede”, no tiene importancia para los contenidos reales de la proposición, ya que no establece una conexión real. *Husserl, it is true, maintains that any normative proposition which says, "An A has to be B", encloses the purely theoretical proposition, "Only an A which is also B, has the quality C". "C" is then used to denote the quality to which value is attributed To take an illustrating example: The proposition, "A soldier has to be brave", says the same as the proposition, "A soldier has to is a good soldier"....It expresses a valuation and does not set forth a real connection. The fact that purely linguistically it does not contain words like "has to", "ought to" or "may", has no importance for the real contents of the proposition.* CASTBERG, F., *Problems of...*, op. cit., p. 26.

⁷² ...*But the postulate of validity is established also in view of the social facts that the system in on the whole accepted by public opinion and maintained by organized force.* CASTBERG, F., *Problems of...*, op. cit., p. 27.

⁷³ Castberg toma de referencia la teoría de Lundstedt, según la cual, la norma legal es considerada como una expresión de que probablemente producirá un cierto curso de los hechos, si tales y tales actos se llevan a cabo o se abstienen, y donde las reglas jurídicas, se consideran como expresiones de los órganos del estado, que dependen de factores psicológicamente operativos e influyen en los actos de los individuos. Las nociones de conformidad con la ley e ilegalidad tendrían una naturaleza quimérica. *According to Lundstedt, legal rules cannot be understood otherwise than as expression denoting that organs of state act in a certain way in situations of a certain kind, which again depend on a series of psychologically operative factors, and which again depend on a series of psychologically operative factors, and which in turn influence the acts of individuals in different ways.* CASTBERG, F., *Problems of...*, op. cit., p. 28. En cambio, el juez Holmes, entiende la noción del Derecho como *las profecías de los que los tribunales harán de hecho y nada más pretencioso son lo que quiero decir por ley.* LAPORTA SAN MIGUEL, F.J., «La creación judicial y el concepto de Derecho implícito», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 6, Madrid, 2002, p. 133.

las ideas de validez; ya que en caso contrario, las nociones de norma, deber legal y validez no podrían construirse en el pensamiento jurídico.

Para Castberg, es criticable el punto de vista de Alf Ross⁷⁴, al entender que las declaraciones normativas no pueden ser verdaderas o falsas, sino solo correctas o incorrectas, al estar formadas por las bases de las operaciones lógicas y cuyas conclusiones también pueden ser correctas o incorrectas; con ayuda de la lógica, se aleja de la consideración de las declaraciones legales como expresiones emocionales y sin ninguna lógica⁷⁵.

Se plantea la cuestión de si se puede concebir el contenido del Derecho con el principio de las tecnologías, considerándolo como instrucciones seguidas para conseguir un fin, y no un obligar a actuar. Esto conllevaría a que la proposición de la ley no sería considerada como una proposición de deber, sino como una declaración de como las personas deben de actuar si desean alcanzar fines comunes generalmente reconocidos. Esta concepción está relacionada con la expresión de la probabilidad social, donde el individuo debe por su propio interés organizar sus acciones de acuerdo a la información de las posibles reacciones establecidas por las normas, donde las sanciones le golpean. Se entiende que las normas se cumplen, porque hay unos órganos que imponen sanciones, que a su vez, también están bajo la amenaza de nuevas sanciones de acuerdo con otras proposiciones jurídicas; además de por el fin de que se desee realizar ciertos intereses sociales comunes por el bien de la sociedad. Por tanto, se entiende el Derecho como una tecnología y una unidad colectiva para lograr mejores resultados por su articulación en la vida. Aunque Castberg matiza que el bien de la sociedad solo es una regla guía, ya que si el orden jurídico se considerase sólo como una tecnología, se acabaría en una visión normativista; donde para dar solución a vacío legal, se llegaría

⁷⁴ Alf Ross realiza una crítica contra de considerar del Derecho como norma vinculante, al entender que las reglas del Derecho son como declaraciones de una secuencia real de eventos. El contenido de la norma jurídica es que las sanciones sólo surten efectos si se actúa en contra de la norma, pero no de otra manera. Para Ross, una proposición de deber, tiene la forma de un juicio, en donde las declaraciones del entendimiento práctico son expresiones camufladas de experiencias emocionales, y por tanto, las declaraciones normativas no pueden ser objeto de tratamiento lógico, entendiendo la validez del Derecho como una naturaleza metafísica y una superstición. *...Ross, more clearly than anyone before him, has seen that the idea of the validity of positive law -even if this idea is of a metaphysical nature and is represented as a superstition, is still a social reality, and moreover a reality of the very greatest importance. The law is a process of reality, which has established itself in an idea of validity.* CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., p. 31.

⁷⁵ *...The fact that normative statements can be correct or incorrect and form all the cultural life of human beings. This assumption is here just as fundamentally necessary as is, in theoretical understanding, the assumption that our statements about reality can be true or false and that they can form the foundation for inferences according to the law of logic.* CASTBERG F. *Problems of..*, op. cit., pp. 27-33.

por medio de razonamiento de la lógica de la norma, en base de principios fundamentales a los cuales se da validez.⁷⁶

Aunque se considera la ley como un contenido mental ideal o Derecho natural, no impide que la ley se caracterice al mismo tiempo por su positividad, donde sus fundamentos son decisiones fácticas y modos de acción dentro de la realidad. El problema surge, cuando la ley surge como un deber ser y como ser, a pesar de que estas categorías se excluyen lógicamente. El pensamiento jurídico postula unos principios fundamentales como válidos, como la validez de la Constitución, partiendo de la suposición de que el sistema jurídico tiene validez y por el pensamiento jurídico se busca una respuesta de como se debe o no actuar, dando respuesta a la consideración de ley válida. Sus postulados de validez están determinados por la realidad social, dados por la distribución del poder y por concepciones subyacentes de la sociedad⁷⁷.

2.3. Problemática del Derecho existente

Castberg rechaza que se pueda considerar la ley como una suma de contenidos de conciencia, al considerar que todo contenido fáctico de la conciencia está unido a un solo individuo; y aunque todos los sistemas jurídicos positivos tengan sus inicios en actos de conciencia, decisiones y convicciones, no todas las normas jurídicas constituyen el contenido de esos actos de conciencia; esto se explica porque una norma jurídica puede surgir por una necesidad o por una provisión jurídica sin que ésta sea descubierta por nadie, siendo una norma válida o existente antes de que haya estado en la conciencia. Además, la ley promulgada no es idéntica al pensamiento del legislador, ya que la interpretación de qué ha querido decir el legislador, acaba siendo un método subjetivo de interpretación de la ley; donde se llegaría a un intento de recrear una ley con contenido de conciencia real, tal como el concepto de *la voluntad del estado* (*will of*

⁷⁶ ...In this way, law as a whole should become a sort of gigantic technology, a system of applied theoretical propositions, stating how the individual as well as a society as a collective unity may achieve the best results in all respects through their joint life. CASTBERG, F., *Problems of...*, op. cit., pp. 33-36.

⁷⁷ ...For even if law must be conceived as an ideal content of mind, this, of course, does not prevent the law being characterized at the same time by its positivity. The problem arises precisely because law appears both as "Sollen" and as "Sein", in spite of the facts that these two categories logically exclude one another. CASTBERG, F., *Problems of...*, op. cit., pp. 36-37.

the state)⁷⁸ que acaba siendo una noción metafísica o una construcción. Como consecuencia, se entiende que la concepción del Derecho como contenido de la voluntad real de los órganos estatales es una ficción, ya que muchas normas que existen nunca han formado el contenido de ningún acto de volición, como el Derecho consuetudinario no positivizado; y sólo será aquella parte del sistema jurídico establecido por las decisiones de los órganos públicos de autoridad los considerados como contenidos de voluntad históricamente dados; pero la ley como norma vinculante no tiene porque coincidir con las voluntades de los legisladores.

En relación al análisis del problema de la existencia ideal de la ley, se parte de que las normas jurídicas no pueden identificarse con el contenido de unos hechos de conciencia de lo que quieren una serie de individuos en una comunidad. Las proposiciones de la lógica no tienen conexión con la realidad, la lógica trata la conexión para el pensamiento entre los contenidos abstractos del pensamiento, pero no pronuncia leyes de la naturaleza sobre los hechos de la vida. La comprensión de la naturaleza es una suposición de lo que es verdad, independientemente si se ha conocido dicha verdad. La conexión de la realidad determinada por las leyes de la naturaleza, es distinta que las propuestas sobre esta conexión; ya que las proposiciones solo pueden tener un valor de más o menos probabilidad, pero la conexión de la realidad tiene existencia, consecuencia de que permanece independientemente de nuestra concepción, concluyendo que hay una verdad independiente a la comprensión humana. Esta idea se asemeja a declaraciones del lenguaje, al tener también un contenido ideal de pensamiento. Como consecuencia, se entiende que las proposiciones con contenido normativo, o proposiciones de la lógica no expresan una conexión de la realidad, pero son similares a las declaraciones sobre la realidad, ya que ambas no tienen la validez absoluta de la lógica. Si la ley de la naturaleza se aplica en una relación real, la afirmación solo puede expresar un alto grado de probabilidad, ya que la regularidad real subsiste independientemente de la comprensión⁷⁹.

⁷⁸ ... *In such cases, the state is conceived as a supersensible being, a kind of god, which in a mystical way rules its subjects. Or the will of the state is only a compendious expression for the social forces which support the legal system. if the will of the state is a metaphysical notion, or if it is simply a construction, the will theory in reality gives no explanation of the phenomena.* CASTBERG, F., *Problems of...*, op. cit., p. 39.

⁷⁹ ... *The regular connection in nature consist in an absolute necessity and regularity. The connection of reality determined by the laws of nature is one thing. Propositions about this connection are another. The propositions can only have a higher or lower probability value. But the connection of reality itself has*

Cuando hay una ley existente diferente al contenido de los hechos de la conciencia, y en un sistema jurídico definido, se supone que una solución definitiva es la correcta independientemente de si lo descubrimos. Por tanto, la ley existe independientemente de nuestro conocimiento de ella, y hay que distinguir con la lógica lo que existe legalmente y lo que difiere de la forma, que es el contenido de las declaraciones legales que intentan dar una expresión lingüística a lo que existe jurídicamente.

2.4. La validez jurídica

En relación a la validez jurídica, hay que buscar el criterio y la forma lógica que atribuye la validez a las normas positivas. La validez es considerada como el elemento *a priori* del Derecho, ya que no es un carácter propio de la realidad; y en la realidad social la noción del Derecho necesita de una observancia regular, generalizando las nociones de que son obligatorias y su necesidad de respeto.

La norma está determinada porque se ha expresado de forma regulada por otras normas. Castberg entiende el postulado lógico de la *grundnorm* kelseniana, donde la norma fundamental es válida, y las normas que surgen directamente o indirectamente deducen su validez porque la norma superior es válida. Este punto de vista no proporciona una explicación completa según Castberg, que analiza la Teoría de las fuentes legales de Alf Ross, al entender que lógicamente tienen validez, tanto de forma deductiva desde a norma fundamental hacia debajo en dirección a las normas inferiores; y viceversa, de forma inductiva y por medio de la lógica darle validez desde las normas inferiores hacia arriba, en dirección a la norma fundamental; de esta forma, se busca realizar una revisión para saber cuáles de los postulados de validez responden mejor a la realidad social. Castberg critica esta teoría por ser incompleta, al responder sólo a aquellas cuestiones de las normas determinadas positivamente; apela a que en la aplicación de la ley existente, se debe operar con la suposición de fines válidos,

existence in the sense that it remains, independently of our understanding. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 38-43.

independientes de los postulados de validez. Como conclusión, se entiende que la ley válida o ley existente no tiene límites definidos que aporten una visión clara⁸⁰.

Existen dos intentos de establecer que una ley es válida, donde el fundamento común de toda ley debe ser una norma fundamental final, cuya validez sea reconocida como vinculante por los sujetos individuales. Esta doctrina que supone del reconocimiento de la validez por los sujetos jurídicos individuales como condición para la validez de las normas fundamentales, se cumple en las teorías de Bierling⁸¹, quien establece la construcción de la ley en pasos y la importancia de la validez de que las normas de un orden superior den la validez a las normas de un orden inferior. El reconocimiento, por tanto, es la condición de validez de las normas legales, y a la vez es una realidad ficticia. Esto es consecuencia de que el negar reconocer la regla legal o sus consecuencias, no se es tenido en cuenta, al presumirse *que los niños o los locos, han reconocido las normas fundamentales en sí mismas*,⁸² presumiendo que no existiría ningún Derecho que justificase el escapar del dominio de la ley.

Según Castberg la base más profunda de la validez debería de hacerse referencia en el sentido moral, no la validez como una noción jurídica y derivada de la *grundnorm*, que es asumida como postulado, sino si las normas jurídicas pueden tener una validez dentro del ámbito de las ideas metafísicas⁸³.

⁸⁰ CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 43-47.

⁸¹ Ernst Rudolf Bierling (1841 - 1919) fue un jurista y político alemán. Estudió Derecho en Leipzig y fue abogado en Zittau a partir de 1868. A partir de 1873 trabajó como profesor de Derecho eclesiástico y penal en la Universidad de Greifswald hasta 1901. De 1878 a 1899 Bierling fue miembro del Sínodo Provincial de Pomerania. Bierling es el mayor representante de la Teoría del reconocimiento o la Ley en pasos, que trata de justificar la validez jurídica con el reconocimiento del derecho por parte de la sociedad, pudiendo ser un reconocimiento de aceptación generalizada de la obligatoriedad del ordenamiento jurídico. LLOREDO ALIX, L., «Un paralelismo entre las teorías de los principios y la jurisprudencia de conceptos: la ruptura del puente entre las fuentes del Derecho y la sociedad civil», *Papeles el tiempo de los derechos*, nº 9, Universidad Carlos III, Madrid, 2010.

⁸² *Children and lunatics are presumed without further ceremony to have acknowledged the fundamental norms, the validity of which is a condition of the validity of the law for the also.* CASTBERG F. *Problems of..*, op. cit., p. 50.

⁸³ *...A deeper ground for the validity of law may only be found if one leaves legal-logical examinations and turns to the problem no longer ask what legal validity implies as a juridical notion; but we ask whether the norms of law may have validity of another kind. That, however, brings one to the problem of "true", "real" morality: if one likes, to the sphere of metaphysical ideal.* CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 48-51.

3. PROBLEMAS DERIVADOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO.

3.1. La importancia de la lógica en el pensamiento jurídico.

Para Castberg, el silogismo tiene gran importancia social, siendo una figura en la lógica de la comprensión humana, de la norma y el deber; y donde la intención es la inferencia lógica de la norma a la situación. La ordenación de la sociedad se realiza por formulaciones de normas jurídicas concretadas por conclusiones lógicas o supuestos, y se lleva a cabo en situaciones concretas. Por tanto, las leyes no son una expresión de los impulsos volitivos de las personas, *sino una declaración de lo que se debe o puede realizarse o abstenerse*⁸⁴.

La no aceptación al deber en una situación concreta puede justificarse si es en forma de conclusión, considerada como válida, y pudiendo ser aplicado al pensamiento jurídico y moral. Se considera correcta la solución de acuerdo a un Derecho positivo definido, resultado de una subsunción u otra bajo una proposición normativa general. En la comprensión de la naturaleza, hay que asumir el principio de que todo tiene una causa, y de la misma forma, lo jurídico puede establecerse deductivamente, como el principio de justicia. Y esta justicia solo se satisface por *decisiones formadas por aplicaciones de reglas que atribuyan consecuencias legales uniformes a premisas uniformes*.⁸⁵

También el silogismo normativo tiene su justificación lógica en el dominio de la comprensión moral, incluso si se parte de la convicción de la determinación individual de toda moralidad. La cuestión moral no debe estar marcada por cada personalidad individual, ya que nuestra comprensión de lo correcto no siempre surge como un sentido irracional, sino que hay que acudir a la razón⁸⁶. De igual manera, la norma jurídica no puede tener en cuenta todas las peculiaridades del caso individual. La

⁸⁴ ...The norm is not an expression of the volitional impulses of one or more persons, but a statement of duty, of what must or may be performed or refrained from. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 43-58.

⁸⁵ ...The juridical decisions in the society are application of rules which attach uniform legal consequences to uniform premises. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., p. 56.

⁸⁶ Castberg critica a George Simmel por concebir la vida moral como determinada por órdenes generales, leyes morales, al entender que la única ley que se aplica a cada persona es aquella por la cual él mismo se reconoce obligado, sin que se produzca como resultado de una conclusión lógica de una regla. *According to a doctrine of moral philosophy set forth by Georg Simmel in penetrating writing dating from his later years, it is completely erroneous to conceive moral life as determined by general commands, i.e. moral laws... This does not mean that the only law which applies to him is that by which he himself acknowledges himself to be bound. The moral norm is objective. But it is not produced as the results of a logical conclusion from a rule.* CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., p. 56.

conclusión lógica es el medio para proceder de la declaración normativa general a la decisión judicial individual, y es un medio para conocer el contenido de las normas jurídicas generales. La conclusión lógica, de general a especial, también es necesaria como un medio para determinar que normas consideramos leyes válidas. La lógica tiene su posición en toda comprensión aplicación de la ley existente. Y el silogismo es una forma justificada de argumento lógico. La lógica tiene su lugar en el pensamiento jurídico, pero no tiene poder indiviso. Se llega a la conclusión de que no todas las cuestiones legales pueden ser resueltas sólo por conclusiones lógicas⁸⁷.

3.2. La insuficiencia de la lógica en el pensamiento jurídico

Las nociones empleadas en las proposiciones normativas generales, tienen límites poco marcados⁸⁸. La conclusión inmediata de la declaración legal general a una declaración de un caso especial solo da una presunción de que una norma es la más correcta según el sistema positivo al que pertenece la norma jurídica general. Aunque hay varias posibilidades alternativas de subsunción en el pensamiento jurídico, Castberg analiza solamente dos.

El silogismo lógico-normativo toma como partida la proposición general y normativa, y la primera subsunción sería la relativa de subsumir el caso especial bajo la proposición general; como resultado, se está sujeto a una nueva prueba posterior donde se presentan nuevos argumentos lógico normativos. La prueba del resultado de la subsunción con la verificación de una hipótesis es diferente del examen de una circunstancia real. Pero el resultado de la conclusión de la norma debe aceptarse o rechazarse de acuerdo con armonización o no con otras declaraciones válidas el contenido normativo, siendo la verificación por nuevas subsunciones lógicas. La conclusión se prueba por proposiciones orientadoras, que sirven como bases de deducciones lógicas.

⁸⁷ *...Just as the logical conclusion is the necessary means of proceeding from the general, normative statement to the individual judicial decision, it is also a necessary means of knowing the contents of the general legal norms themselves... Logic has its place in legal thinking. But it has not undivided power. It is far from being the case that all legal questions may be solved by logical conclusions alone.* CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 59-62.

⁸⁸ *The notions of which general, legal statements are composed are always more or less indefinite.* CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., p. 62.

La segunda forma de subsunción es sacar conclusiones de proposiciones jurídicas, que se basan en una generalización de las reglas existentes, o basadas en principios generales del Derecho considerados como válidos en la comunidad. En tales casos no determinados por la ley, varias soluciones serían posibles de forma lógica, dependiendo de en qué elementos se pongan énfasis en el caso, y se subsuma bajo una proposición general de ley, u otra⁸⁹.

Según Castberg, la conclusión debe ser probada por medio de hipótesis teóricas, por medio de nuevas subsunciones, o simplemente, por el establecimiento de los hechos, atribuyendo validez a la conclusión lógica.

3.3. El método del silogismo jurídico y su problemática

La partida de las conclusiones legales es la subordinación de la ley a su propósito y a la demanda de justicia en la ley; en donde la cuestión de cuál es el método jurídico a seguir, es una cuestión de Derecho positivo, entendiendo Castberg que la subsunción es aquel esquema inmutable del pensamiento jurídico. La cuestión de cómo llegar a una comprensión de las normas que se establece por conclusiones, depende del contenido de la ley positiva con la que opera nuestro pensamiento. Los métodos jurídicos varían, al igual que varía la propia ley.

La función social de la ley es servir a ciertos propósitos, exigiendo en cada método jurídico que se tenga en cuenta esta sumisión de la ley; podrían aparecer conflictos entre los propósitos que intentar fomentar la ley, ya que éstos no son inmovibles. La decisión dependería de cuál de todos los propósitos sea considerado como superior jerárquico en un sistema jurídico determinado, y en la relación de los propósitos en conflicto. Los objetivos de la ley deben servir de guía para el pensamiento jurídico, determinados por una jerarquía y establecida en las normas positivas. El

⁸⁹ ...The case of the norm-logic syllogism is similar. We take our point of departure in a general, normative statement, and subsume the special case under the general statement; the result we arrive at in this way, we subject to a subsequent test, where, incidentally, new norm-logic arguments are brought to application.... the position, however, is different when one is to draw conclusions from legal propositions, which are based on a generalization of existing rules, or when one bases on a generalization of existing rules, or when one bases oneself on general principles of law, which one regards, without further ceremony, as valid in the community in question. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., p. 63-68.

pensamiento jurídico no puede proceder sin conciencia de los propósitos de la ley.⁹⁰ Uno de los propósitos inherentes de la ley es la demanda de justicia, ya que la exigencia de una justicia formal es sinónimo de la exigencia de que el caso especial se decida por conclusiones lógicas normativas, a partir de proposiciones normativas generales. La justicia material tiene la característica de que los beneficios y males que la ley distribuye, sean de acuerdo con las nociones de mérito ético y culpa, que plantean problemas de naturaleza metafísica. Se llega a entender la justicia material como aquella cualidad de la ley que puede coincidir o no con la adecuación de la ley a su propósito. Como conclusión se entiende que el propósito de la ley y la demanda de justicia, son reglas guía del pensamiento legal.

Castberg analiza el método constructivo y el método sociológico-teleológico, siendo partidario del método sociológico-teleológico. En el primero, la teoría es que la ley existente debe referirse a principios generales que operan con nociones fijas, tomando como partida las disposiciones de Derecho positivo. Se llegaría a una ciencia jurídica generalizada y de construcción, ignorando los fines sociales y las proposiciones individuales del Derecho. Esto es consecuencia de eliminar en la subjetividad del juicio del jurista sobre el valor social de la subsunciones, al intentar evitar cierta arbitrariedad⁹¹. En cambio, el método sociológico-teleológico, tiene las características definitorias de las uniones entre la ley y el propósito de esta en la sociedad, donde se somete las decisiones a la libre discreción de los órganos de la administración, o a la decisión de los tribunales de conformidad con alguna cláusula general. En este método la ley exige una valoración concreta del caso individual, marcado por la desconfianza del valor de las proposiciones generales de la ley, y por *la confianza en los seres humanos para descubrir la decisión correcta por medio de una intuición jurídica*⁹².

⁹⁰ ...It applies to all law that its social function is to serve certain purposes...All law serves, among other purposes, the great main purpose of creating security and calculability in social life.... If the different purposes of the law collide, the decision must depend on the question of what order of precedence this legal system on the whole seems to assume in the relation between the conflicting purposes. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., p. 69-75.

⁹¹ ...The tendency to refrain from valuations of the social effects of the subsumption is connected with another endeavor in the generalizing and notion-constructing science of law. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 76-78.

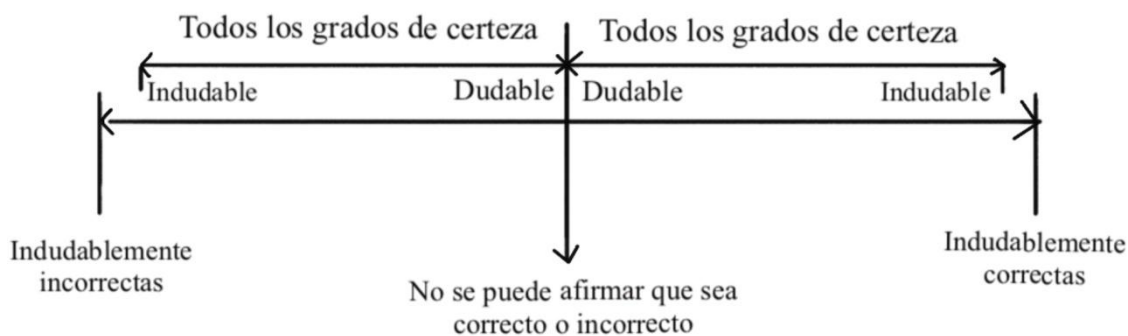
⁹² ...Te react against the constructive method in the science of law was natural and justifiable. But it is also easy to demonstrate the weaknesses in the newer direction. It is marked by distrust of the value of formulated general propositions of law which are assumed to be applied to newly emerging cases to the greatest possible extent. But it is marked at the same time by an ill-founded confidence in the power of human being to find out the concretely correct decision from a kind of juridical "intuition". CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 78-82.

4. GRADOS DE CERTEZA EN EL ENTENDIMIENTO DEL DERECHO

Cuando se aplica un método jurídico se trabaja con la ilusión de que es posible obtener una respuesta correcta y objetivamente válida, pero solo es correcto de acuerdo con este sistema legal definido, y por tanto, no existe la certeza de que sea objetivamente correcta. Sólo es una solución probablemente correcta. La convicción de una moralidad válida de naturaleza individualizadora, no ayuda a dar respuesta a la pregunta de qué es lo que está de acuerdo con un sistema legal definido. Castberg diseña una escala móvil de cierto a incierto en el entendimiento de la ley, donde en unas proposiciones normativas, *las extremidades son declaraciones indudablemente correctas (undoubtedly correct) e indudablemente incorrectas (undoubtedly incorrect), y en las intermedias están todos los grados de certeza siendo indudables o dudosas en mayor o menor grado, y en el punto central habrá estados que no se puedan afirmar que sean correctas o incorrectas*⁹³. En esta escala habrá argumentos igualmente fuertes para una solución que para la otra. Se puede hablar de grados de certeza con la que una proposición normativa puede establecerse como correcta. Y se puede hablar de grados de probabilidad con los cuales una proposición normativa concuerda con la realidad. Una proposición normativa es

Las posibles proposiciones normativas (consideradas como aquellas afirmaciones acerca de la existencia de las normas, siendo descriptivas y como consecuencia, verdaderas o falsas, correspondiendo con los diferentes enunciados y afirmaciones realizados en relación con la permisividad u obligación que el Derecho exige) están organizadas en una escala móvil de acuerdo con el grado de certeza con el que se consideran correctas o incorrectas. La lógica del pensamiento legal se rige por el principio de la escala móvil. Existe un paralelismo entre la escala móvil en la certeza de las proposiciones legales, y la escala móvil de probabilidad de las proposiciones sobre el futuro, en el conocimiento de la realidad.

⁹³ ...One may imagine an infinite series of legal statements, where the extremities are the undoubtedly correct and the undoubtedly incorrect statements, and where the intermediate statements represent all degrees of certainty. There will then be statements the correctness of which is indubitable, and statements the incorrectness of which is indubitable. There will be statements the correctness or incorrectness of which is doubtful to a higher and a lower degree. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., p. 84.



La tarea de la Ciencia jurídica es lograr un resultado que represente el mayor grado de certeza posible. Buscando la conexión lógica ante las normas legales, y alcanzando proposiciones de la ley más completas bajo las que subsumir los nuevos casos, como hace el método constructivo; o comprender las funciones sociales del Derecho y extraer conclusiones lógicas por medio de un silogismo, de las proposiciones de Derecho bajo la exigencia de que la ley funcione de manera justa, como realiza la Ciencia Sociológica-Teleológica⁹⁴.

5. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA VALORACIÓN DE LA LEY

5.1. La ley metafísica

La ley debe determinarse por su propósito de promover ciertos fines, que a su vez, están al servicio de otros propósitos, promoviendo valores espirituales. El orden legal de una sociedad está marcado por el *ideal de personalidad (ideal of personality)*⁹⁵ que predomina. Aunque la idea de los propósitos finales de la ley, no significa que el pensamiento legal presuponga la creencia en el valor de estos propósitos; pero sí se puede entender y aplicar las reglas de la ley existente, siempre que se actúe como si esos valores tuvieran validez. La promoción de estos valores es el propósito último de la ley.

⁹⁴ ...Often the results we arrive at must give rise to stronger all cases. Often the results we arrive at must give rise to stronger or weaker doubts. And there are cases in which the rational thing may be that legal science merely indicates the different possibilities of solution, without making any choice itself. It may point to the fact that such and such solutions are out of the question for such and such reasons. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 83-88.

⁹⁵ ...The legal order of a society is marked by the ideal of personality that is predominant. In a civilized society, many provisions of law will also testify that the life of the individual human being itself is accorded a specific value, which is victorious in the collision with many social "regards of utility". CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., p. 89.

En cuanto a cuáles son los valores y la forma de resolución en un supuesto de conflicto, la investigación de la naturaleza puede ofrecer una respuesta objetivamente válida. No hay una conclusión vinculante de la creencia en valores objetivamente válidos, y si se valorara la ley existente, no es suficiente una validez formal. La valoración de la ley existente se realiza en la sociedad y es determinada por los intereses de las personas que valoran, por lo que no se puede adoptar una postura sobre el orden de preferencia de dichos valores.

La ley sirve para crear calculabilidad en la vida social, donde los miembros deben confiar en los mandatos de la ley que se observan en el mayor número de casos, y este propósito está sujeto a cierta regularidad; de la misma forma actúa la ley cuando está al servicio de ciertos propósitos, ya que sus normas producen efectos sociales inmediatos o remotos. Es inútil una ley que no comprende la realidad social, o emplee medios que no sirven al propósito de esta ley; puesto que la valoración se sustenta en el supuesto de que la ley es fuente productora de efectos sociales. Además, la causalidad psicofísica también asume una libertad de voluntad, ya que la ley supone que cada individuo es una personalidad, y que cada personalidad tiene una cierta libertad de voluntad. Se entiende por tanto, que una valoración racional de la ley, no es posible a menos que se acepte como una realidad metafísica el libre albedrío de la personalidad humana, siempre dentro de límites naturalmente dados; Castberg se aleja de todo determinismo absoluto, tanto en la ley como en la moral, ya que sería irracional juzgar los actos y omisiones de las personas.⁹⁶ El hecho de que el Derecho actúe con justicia implica un supuesto metafísico de libertad de la voluntad, de acuerdo con los principios de mérito ético y culpa moral. La creencia de que ciertos propósitos deben marcar la dirección de la ley, es una creencia metafísica. El orden legal descansa sobre la asunción de una cierta libertad de voluntad, y la exigencia de que la ley y su aplicación sean justas, se basa en esta suposición.

Lo que sucede por necesidad, y lo que sucede de acuerdo con las leyes generales de la naturaleza son diferentes, ya que la necesidad no se puede observar, mientras que un efecto sigue a un cierto tipo de causa, puede determinarse a través de nuestra

⁹⁶ *...Determinism, it is true, does not exclude a valuation of acts and omissions as morally good or bad. But it excludes the imputation of acts and omissions as guilt or merit... Unconsciously, freedom of will is assumed also by those who themselves believe that they are consistent determinists, but yet pass moral judgment on human actions, applying principles of guilt and merit.* CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 89-100.

experiencia. Toda formulación de una ley de la naturaleza solo puede expresar regularidad estadística, donde la incertidumbre se une a todas las predicciones humanas de los eventos del futuro. Pero el hecho de que nunca seremos capaces de predecir con absoluta certeza como afectará a una persona, no excluye a posibilidad de que el acto que se realiza, tuvo que realizarse por la regularidad natural que prevalece.

Toda decisión humana está influenciada por motivos que actúan como fuerzas psicológicas. La voluntad será más o menos libre, pero los motivos de acción en conflicto pueden cruzarse y las posibilidades de la decisión serán igualmente válidas.⁹⁷ *Entre estas dos extremidades hay una escala móvil de situaciones de motivación, relacionada con una escala móvil de la verdadera libertad de voluntad.*⁹⁸

5.2. La ley objetivamente correcta.

La diferencia en las valoraciones legales depende de las diferencias psicológicas de los individuos y de los intereses en conflicto de los grupos sociales, además de la naturaleza específica del pensamiento valorativo jurídico. Las valoraciones de la población están marcadas por sus intereses como individuos y como miembros de grupos sociales. La ley sirve a un número infinito de propósitos diferentes, y los distribuye de acuerdo con las demandas de justicia. La idea metafísica de justicia puede conducir a demandas de los contenidos de la ley, con consideraciones directas de utilidad. La valoración en sí misma en cualquier comunidad se construye en la noción de algo objetivamente válido, donde la consideración social de una norma como buena o mala, es por la relación de los valores por los que se atribuye validez objetiva.

La investigación psicológica y sociológica de la formación de opiniones en la valoración jurídica, conduce a un escepticismo o relativismo de las valoraciones. De esta forma, se atribuye la validez a las valoraciones éticas para la persona que valora, pero solo para él, y por tanto, las valoraciones dan una validez subjetiva, y no objetiva⁹⁹.

⁹⁷ ...Freedom of will, as assumed by our valuation of law, and as it can be theoretically defended, may only be imagined within the frame of the regularity of nature. Every human decision is influenced by motives, which act as being such that the psychological forces can pull more or less decidedly in the direction of a definite decision. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 100-105.

⁹⁸ ...Between these two extremities lies a sliding scale of motive situations with a corresponding sliding scale in the real freedom of will. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., p. 105.

⁹⁹ ...Now one certainly often meets in practical philosophy the form of scepticism that one may call relativism, and which attributes validity to the ethical valuations for the person who values, but only for

Castberg cita a Gustav Radbruch, para quien con el relativismo *se llega a la conclusión que la voluntad de la mayoría debe de ser decisiva, elevando así los principios fundamentales de la democracia por encima de la esfera de las validaciones relativas.*¹⁰⁰

Según Castberg, los ideales de Derecho están influenciados por el entorno de la comunidad y por la estructura de las mentes, donde la demanda de justicia necesita de una conexión lógica en el pensamiento, sujeto a normas *a priori* y eternas. Esto no significa que los ideales jurídicos necesariamente tengan que ser invariables en sus contenidos. La ley natural son unas reglas de la ley ideal, que se adaptan a las condiciones de vida en constante cambio, conceptuando un Derecho natural ideal y variable de contenido, que ayuda a la discusión de problemas sobre cuál será la ley correcta. En relación a la validez positiva, considerado como un postulado de la lógica del Derecho, dando información sobre el tipo de contenido de norma incluida bajo la noción de ley; y donde la validez es el elemento *a priori*. Pero esta validez de la lógica no implica que la ley positiva sea válida en el sentido metafísico, que expresa que algo es objetivamente correcto. La validez de los ideales de la ley, y la validez de la ley moral están en el mismo plano. La validez es objetiva y no solo la expresión de una convicción subjetiva.

Pero la ley moral es individual, porque su contenido sí está determinado por todas las circunstancias relacionadas con la personalidad individual. En la incertidumbre sobre el ideal objetivamente válido de la ley, en virtud de la ley moral individual, el individuo debe optar por la búsqueda de una ley cuyo fin sea la promoción de la justicia¹⁰¹.

him. Thus the valuations are merely given subjective validity. According to this view, my ideals of law should be valid for me. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 106-111.

¹⁰⁰ ...he draws the conclusion that the will of the majority should be decisive, thus raising the fundamental principles of democracy above the sphere of relative validities. CASTBERG F. *Problems of..*, op. cit., p. 110.

¹⁰¹ ...But the moral law is individual, not in the sense that it cannot seek its foundation in general reflections, but because its contents are determined by all the circumstances pertaining to the individual personality and the individual situation. In the inevitable uncertainty concerning the objectively valid idea of law, the individual, by virtue of the individual moral law, may be called, in harmony with his own inmost being, to take his side in the struggle for the law of the future. CASTBERG, F., *Problems of..*, op. cit., pp. 111-114.

V. CRÍTICA Y VALORACIÓN PERSONAL

Para Castberg los problemas derivados del pensamiento jurídico se relacionan con la concepción de la noción del Derecho. Esta noción parte de que la ley necesita de un elemento *a priori* de naturaleza metafísica, aunque con elementos extraídos de la experiencia jurídica. Esta noción *a priori* es la validez normativa, cuestionando si existe una validez en el sentido metafísico y moral, y no en el sentido de las teorías positivas de la validez de la norma bajo el supuesto de la *Grundnorm* kelseniano. Se acepta *a priori* que existe un Estado y unas normas jurídicas vinculantes, derivados de supuestos de la validez de la Constitución, del Derecho consuetudinario o de los Principios del Derecho. A mi parecer, la noción *a priori* de validez es un concepto que no se puede más que entender según lo dispuesto en un sistema jurídico positivo concreto, y esta validez tiene efectos en la realidad, aunque desde un primer momento aparezca como un concepto metafísico derivado de la lógica humana y el Derecho natural. De este modo, y dentro del esquema de la *Grundnorm* kelseniana en el que se puede comprobar la validez de las normas inferiores, debe de existir aquella validez metafísica que permita considerar válida la norma fundamental, obtenida por medio de la lógica o el Derecho natural.

La validez normativa está determinada por la realidad social y las concepciones subyacentes de la sociedad, marcando el Derecho ciertos actos como correctos o incorrectos derivados de sentimientos de deber. Castberg realiza una distinción entre el deber moral y el deber jurídico. La noción del Derecho está ligada a la noción de deber jurídico, y para que exista dicho deber, debe existir un elemento de libre opción en la decisión de las personas de una sociedad que les permita cumplir o no dicha ley, comparándose con el libre albedrío. La validez normativa es igual a la fuerza obligatoria de la ley, es decir, que complazca a la sociedad para que sea socialmente aceptada por la opinión pública, y sea mantenida por la fuerza organizada. A mi parecer, el Derecho adquiere su fuerza en la aceptación social de la norma, debiendo de representar la realidad social y ser condicionante de que ésta sea aplicada; esta aceptación será más fácil en la sociedad si la norma tiene unos fines o propósitos acordes a las necesidades de la sociedad.

En el pensamiento jurídico se cuestiona si se puede obtener la conclusión objetivamente válida y correcta. El silogismo jurídico es la figura de la lógica que permite dar solución a las cuestiones jurídicas, resolviéndolas por medio de conclusiones lógicas. De esta forma se puede conocer el contenido de las normas, y determinar su validez. El problema aparece porque las nociones de Derecho no tienen límites marcados, ya que al existir varias alternativas en el pensamiento jurídico, conlleva distintas soluciones dependiendo de la forma en la que se presente la lógica. Castberg analiza dos formas de subsunción en el silogismo jurídico, siendo la primera por medio de un silogismo en el que subsume el caso especial (premisa menor) bajo la proposición jurídica general (premisa mayor), y posteriormente se verifica la conclusión por medio de nuevas subsunciones. La segunda forma, es por medio de conclusiones de proposiciones jurídicas mediante la generalización de reglas o principios del Derecho, y su posterior verificación por el establecimiento de los hechos. Como conclusión, se entiende que no existe una sola respuesta objetivamente correcta. Una respuesta será objetivamente correcta según lo dispuesto en un sistema legal positivo definido, existiendo una escala móvil de cierto a incierto en el entendimiento de la ley, según sus grados de certeza. En esta escala móvil las proposiciones normativas se organizan como correctas o incorrectas, buscando la conclusión por medio del silogismo jurídico y con ayuda de la lógica encontrar las respuestas objetivamente correctas. En mi opinión, si se ampliara las posibilidades de realizar conclusiones por medio de un silogismo basado en el Derecho natural, se permitirían obtener también conclusiones objetivamente correctas por medio de la lógica, llegando en algunos supuestos, incluso a contradecir el deber jurídico impuesto por una norma. La problemática del Derecho surge cuando la ley aparece a la vez como “*ser*” y “*deber ser*”, siendo categorías lógicas auto-excluyentes. Por medio de las conclusiones lógicas se puede llegar a entender el Derecho como una asimilación al principio de las tecnologías, cuyo fin es organizar las acciones de la sociedad que ayuda a lograr una guía del Derecho formada por los propósitos que el Derecho persigue.

Castberg analiza el método constructivo, el cual elimina la subjetividad y la arbitrariedad, ignorando los fines sociales y las proposiciones individuales de Derecho; y analiza también el método sociológico-teleológico, con gran valoración del caso individual, y marcado por la desconfianza del valor de las proposiciones generales de Derecho. En mi opinión, y al igual que la opinión de Castberg, es más acertado el

método sociológico ya que permite una mayor adecuación de las normas a los hechos sociales, permitiendo por ende, una mayor exigencia de justicia, tanto formal como material; y si bien es cierto, se permitiría cierta discrecionalidad para adecuar el caso general al caso específico, pudiendo deformarse en arbitrariedad en los casos en los que no se apelase por la justicia.

Por último, y en relación a la valoración de la ley, para Castberg el Derecho debe de promover ciertos fines o propósitos que actúen como una regla guía para el Derecho, marcados por el ideal de personalidad que predomina en la sociedad, correspondido con la voluntad de la mayoría de la sociedad. La valoración de la ley es realizada por la sociedad y determinada por los intereses de las personas que la valoran. Como consecuencia, la jerarquía de los propósitos varía según el ideal de la personalidad predominante en la sociedad y tiempo. Para ello se necesita de calculabilidad y que los mandatos de la ley se observen en el mayor número de casos. La idea metafísica de justicia puede ayudar a dar utilidad a la ley, donde la consideración de una norma como buena o mala, es por la relación de los valores por los que se le da validez objetiva a la norma. Para Castberg la validez de los ideales de la ley y la validez de la ley moral están en el mismo plano, debiendo buscar la promoción de justicia como fin último del Derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ❖ ANDEANAES, J., «Frede Castberg 70 år», en *Legal Essays: a tribute to Frede Castberg, on the occasion of his 70th birthday 4 july*, Universitets forlaget, Oslo, 1963.
- ❖ ARISTÓTELES, *La gran moral*, Espasa, Madrid, 1976.
- ❖ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómano*, Gredos, Madrid, 2014.
- ❖ CASTBERG, F., *Forelesninger over Reetsfilosofi*, Oslo University Press, Oslo, 1953.
- ❖ CASTBERG, F., «Realisme og Idealisme i Rettsvitenskapen», *Jussens Venner*, Nº 1-5, Oslo, 1953.
- ❖ CASTBERG, F., «Philosophy of Law in the Scandinavian Countries», *The American Journal of Comparative Law*, V. 4, nº 3, Oxford, 1955.
- ❖ CASTBERG, F., *Problems of legal philosophy*, Oslo University Press, Oslo, 1957.
- ❖ CASTBERG, F., «Menneskerettighetne, Grunnloven og Domstolene», in *Tidsskrift for Retsvitenskap*, nº 78, Oslo, 1965.
- ❖ GERMAIN, A., *Frede Castberg. Johan Castberg, University of Oslo, Hague Academy of International law & Jurisprudence*, Brev publishing, Kansas city, 2012.
- ❖ GÓMEZ GARCÍA, J.A., «El problema del Derecho Natural en la doctrina historicista del Derecho de E K. von Savigny», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº16, Madrid, 1999.
- ❖ HIERRO, L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Ediciones Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1979.
- ❖ LAPORTA SAN MIGUEL, F.J., «La creación judicial y el concepto de derecho implícito», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº6, Madrid, 2002.
- ❖ LLOREDO ALIX, L., «Un paralelismo entre las teorías de los principios y la jurisprudencia de conceptos: la ruptura del puente entre las fuentes del Derecho y la sociedad civil», *Papeles el tiempo de los derechos*, nº 9, Universidad Carlos III, Madrid, 2010.
- ❖ ROBLES MORCHÓN, G., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1988.
- ❖ SERPE, A., *Realismo nordico e dirittiumani. Le “aventure” del realismo nella cultura filosofico-giuridica norvegese*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2008.
- ❖ SERPE, A., «Realism vs. Idealism. Ross and Castberg. Paths of a dispute upon Law and human rights», *Frónesis*, V. 16, nº. 1, Caracas, 2009.
- ❖ SMILEY, T.J., «Problems of Legal Philosophy by Frede Castberg, Professor of Constitutional and International Law at the University of Oslo», *Cambridge Law Journal and Contributors*, V. 16, nº. 2, 1958.